EL DERECHO PÚBLICO EN PERSPECTIVA.
I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público

Coordinadores
ANDRY MATILLA CORREA
WALBER DE MOURA AGRA
BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI

EL DERECHO PÚBLICO EN PERSPECTIVA.
I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público

Andry Matilla Correa
Walber De Moura Agra
Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti
Coordinadores

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Conf

EDITORIAL UNIJURIS

VNIVERSIDAD DE LA HABANA
FACULTAD DE DERECHO

instituto brasileiro de direito do seguro

ERNESTO TZIRULNIK ADVOCACIA

QUEIROZ CAVALCANTI
ADVOCACIA

Coordinadores: Andry Matilla Correa
Walber De Moura Agra
Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti
Edición: Lic. Juliette Isabel Fernández Estrada
Diseño de interior y cubierta: Di. Mario Villalba Gutiérrez
Emplane digital: Ms C. Daylín Rodríguez Javiqué

Sobre la presente edición:
©Andry Matilla Correa, 2016.
©Unión Nacional de Juristas de Cuba. 2016.

EL DERECHO PÚBLICO EN PERSPECTIVA.
I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público

©Editorial UNIJURIS, 2016

ISBN 978-959-7219-40-8

Editorial UNIJURIS
Redacción y administración
Calle 21 no. 552, esq. D, Apartado Postal 4161, Plaza, C.P. 10400,
La Habana, Cuba.
Teléfonos:
(+537)832-6209/832-9680/832-7562/832-6513/832-6514/832-6616
Fax: (+537)833-3382. Email: unjc@unjc.co.cu Web: www.unjc.co.cu

Nota: Los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión de sus autoras y autores.

ÍNDICE

Presentación / V

Aporias no sistema eleitoral no Brasil
Walber DE MOURA AGRA / 1

La transparencia gubernamental y el acceso a la información pública. Su regulación jurídica
Mirtha Arely DEL RÍO HERNÁNDEZ / 19

Retos para el perfeccionamiento del diseño político-jurídico de la participación del ciudadano en Cuba. Una visión romanista
Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO /32

¿Democracia directa en Cuba? ¿Instituciones o mecanismos?
(Teodoro) Yan GUZMAN HERNÁNDEZ / 47

Evolução do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro
Edilson PEREIRA NOBRE JÚNIOR / 71

Diseño y efectividad del control de constitucionalidad en Cuba
Martha PRIETO VALDÉS / 97

Defensa de los derechos constitucionales en Cuba
Amanda Laura PRIETO VALDÉS / 109

Nociones preliminares para un nuevo enfoque de los fundamentos jurídicos de los recursos administrativos en Cuba
Orisell RICHARDS MARTÍNEZ / 118

Considerações críticas acerca do regime jurídico dos servidores no Brasil. Embate entre o patrimonialismo e o sistema de mérito
Francisco de Q. B CAVALCANTI / 132

La Constitución económica en Cuba
Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ / 164

Reflexiones sobre la planificación en Cuba, a propósito de la actualización del modelo económico
Lien SOTO ALEMÁN / 179

Políticas públicas para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación. Una mirada desde el contexto cubano actual
Marta MORENO CRUZ / 189

As concessões administrativas: ensaio sobre o papel do Estado como regulador do setor privado no Brasil e em Cuba
Theresa Christine DE ALBUQUERQUE NÓBREGA / 210

Constitución y concesiones administrativas en Cuba
Andry MATILLA CORREA / 224

Notas sobre las perspectivas de las asociaciones público-privadas en el contexto cubano
Fernando MONZÓN PÁEZ / 249

La cláusula de trato justo y equitativo en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Acercamiento a su problemática
Johana ODRIOZOLA GUITART / 258

Molde institucional del sector privado en Cuba: las actividades por cuenta propia
Yuri PÉREZ MARTÍNEZ / 272

Notas sobre el trabajo por cuenta propia y la fiscalidad en Cuba
Orestes J. DÍAZ LEGÓN / 290

La propiedad en el constitucionalismo cubano: de 1901 a 1940
Santiago Antonio BAHAMONDE RODRÍGUEZ / 308

La función social de la propiedad en la Constitución cubana de 1940
Giselle JORDÁN FERNÁNDEZ / 329

Concepto unitario, formas de propiedad y destino socioeconómico de la propiedad en Cuba. Una mirada desde el Código civil al estatuto constitucional de la propiedad
Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ / 342

Seguro y solidarización: la frontera entre lo público y lo privado
Ernesto TZIRULNIK / 353

Los seguros obligatorios. La visión social desde la impronta del derecho público
Alejandro VIGIL IDUATE / 362

La sucesión por causa de muerte desde una visión constitucional
Leonardo B. PÉREZ GALLARDO / 371

Repensando a interpretação das leis processuais civis
Bruno Novaes Bezerra CAVALCANTI / 397

Un acercamiento a los actos unilaterales de los Estados en el Derecho Internacional Público
Celeste Elena PINO CANALES / 417

Presentación

Del 9 al 11 de septiembre de 2015 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana el I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público, un evento binacional organizado por el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de dicha facultad, por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y por la Facultad de Derecho de Recife de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil).

La idea de un encuentro científico de esta naturaleza cobró cuerpo definitivo a inicios del propio 2015, cuando tuve la oportunidad de conocer personalmente y reunirme aquí en Cuba con varios profesores y abogados del Estado brasileño de Pernambuco, encabezados por el profesor Dr. Francisco de Q. B Cavalcanti, quienes nos visitaban con motivo del Congreso Internacional de Derecho de Seguros que sesionaba por esos días en el emblemático Hotel Nacional, en la capital cubana. Entre esos profesionales brasileños viajaba mi querido amigo Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, reconocido abogado del nordeste brasileño, a quien no conocía personalmente, pero con quien desde tiempo antes había trabado una entrañable amistad vía correo electrónico, que nos llevó a coordinar de conjunto un libro sobre concesiones administrativas.[1] Por lo que había ya importantes antecedentes de colaboración científica entre nosotros, y solo faltaba sellar esta amistad de trabajo y promoción conjunta del saber *iuspúblico*, con un encuentro que nos reuniera al efecto.

Nada más propuse la idea de un posible evento científico con participantes de Brasil y Cuba, Bruno, con su entusiasmo de siempre, la hizo suya; y a ella se sumaron inmediatamente los profesores Francisco de Q. B Cavalcanti y Walber de Moura Agra, sin dudas los impulsores definitivos del lado brasileño que hicieron posible congregarnos luego en La Habana y llevar a cabo tan magnífico encuentro. Francisco de Q. B Cavalcanti, actualmente decano de la Facultad de Derecho de Recife (Universidad Federal de Pernambuco) es un prestigioso exjuez y profesor titular de Derecho Administrativo en su país. Por su parte, Walber de Moura Agra, profesor de Derecho Constitucional, es una de las plumas más autorizadas en Derecho Electoral del gigante suramericano. Con tales predisposiciones de espíritu para dar un paso seguro en pos de estrechar relaciones de cooperación institucional, académica y científica, solo hizo

[1] Matilla Correa, Andry y Cavalcanti, Bruno (Coordinadores): *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2013, 388. p.

falta convocar a los participantes de ambos lados, para que con su presencia y participación hicieran parte activa en la materialización del empeño. Y así fue. Durante las sesiones de trabajo en el marco del I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público, coincidieron profesionales del Derecho de estos dos países latinoamericanos, algunos de reconocido prestigio y con trayectoria más o menos consolidada en las andanzas académicas, científicas y profesionales del Derecho; jóvenes otros, pero todos enfrascados en dejar constancia de sus mejores saberes a propósito de las cuestiones que presentaron, en función de hacer provechosas las jornadas de trabajo vividas.

De tal suerte, pudimos desarrollar dos días de interesantes presentaciones, que nos acercaron a la realidad de tópicos elegidos por los disertantes, dentro de la mar de cuestiones que involucran la realidad teórico-práctica del Derecho Público en ambos países. Temas esos de clara actualidad, importantes dentro del debate jurídico de ambos espacios geográficos; pero también que nos permitieran a todos los participantes conocer mejor algo de la realidad jurídica de Brasil y de Cuba, comparar experiencias, extraer lecciones y divulgar el acontecer científico, en lo jurídico y en lo tratado, de ambos países.

Un espacio de intercambio profesional como el que nos convocó bajo la denominación de I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público, ha sido algo inédito hasta ahora, al menos en lo que al Derecho Público se refiere, para las comunidades *iuspublicísticas* brasilera y cubana. Sin embargo, no dejaba de ser un anhelo de algunos de nosotros llevar a cabo algo de esta naturaleza entre Brasil y Cuba, consciente de la importancia y utilidad de un evento científico, aun en dimensiones modestas. Y es que, a pesar del idioma y de otras cuestiones que nos singularizan a unos y a otros, hay mucho en el Derecho que nos acerca, y que permite apreciar a Cuba y a Brasil dentro de una órbita cultural, en lo jurídico, en la que se divisan claros puntos de contactos.

Brasil es un país que se coloca hoy a la vanguardia del desarrollo jurídico en América Latina, tanto en lo teórico como en lo práctico; con una capacidad impresionante de producción bibliográfica sobre cuestiones jurídicas, que propicia la circulación de ideas y hace muy rico el debate jurídico. Aún así, el Derecho brasileño, y en especial el Derecho Público como segmento que nos convocó, nos es prácticamente desconocido a los cubanos –barreras idiomáticas a un lado–; como también les es desconocido a los brasileros el Derecho cubano. Muchas causas pueden esgrimirse para intentar explicar ese desconocimiento de uno y otro lado; pero lo cierto es que, quizás, al día de hoy, esto no es lo importante y a lo que se debe mirar con detenimiento, sino que la vista y los esfuerzos debemos colocarlos en construir puentes de acercamiento para divulgar mejor, para dar a conocer con mayor acierto lo que acontece en uno u otro espacio, tanto en lo teórico como en lo práctico, y que configura el panorama identitario del Derecho allá y aquí.

Precisamente en función de eso último, y con la claridad de dejar una huella indeleble de este primer encuentro brasilero-cubano de Derecho Público, ambas

partes coincidimos en la necesidad de dejar por escrito, y recogidas en un libro, todas las ponencias que se presentaron en el marco del I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público. No solo como mero *souvenir* de tan buen encuentro, sino, sobre todo, como forma de que lo principal de lo allí tratado pudiera trascender el perímetro estrecho (temporal y espacial) de ese simposio, y llegar, de este modo, a interesados –ojalá que a muchos– que no pudieron concurrir a las sesiones de trabajo del simposio, o que simplemente no llegaron a conocer nunca de la celebración de este evento.

Justo es decir que sin la ayuda desinteresada del profesor Walber de Moura Agra, de Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, de Ernesto Tzirulnik (brasileños los tres), de Yamila González Ferrer (vicepresidenta de la Unión Nacional de Juristas de Cuba) y de la Editorial UNIJURIS (de la Unión Nacional de Juristas de Cuba), el empeño de ver materializado este libro no hubiera sido posible. Como tampoco hubiera sido posible hacer este libro, si los autores de los trabajos que aquí figuran, a pesar de los tantos compromisos laborales y personales, y del poco tiempo disponible, no hubieran concurrido prestos a nuestra convocatoria, y ajustándose a tan corto período de tiempo, nos hicieran llegar las versiones escritas de las ponencias presentadas.

En definitiva, es esta una obra coral, levantada de conjunto con el esfuerzo y la aportación conscientes de manos brasileñas y cubanas, como pequeño botón de muestra de lo que se produce hoy sobre Derecho Público en ambas latitudes latinoamericanas; y sin mayores aspiraciones que la de seguir divulgando y tributando al debate jurídico en nuestros dos espacios geográficos y –si se mira algo más allá– al del espacio latinoamericano.

De algún modo, ya se ha dado un primer paso decidido, en lo que al Derecho Público se refiere, para dejar a un lado la distancia geográfica que nos separa a Brasil y a Cuba. Con ese paso, se ha puesto en claro que eventos como el realizado en septiembre de 2015, y libros como este son modos efectivos de acercamiento y de construcción certera de amistad, que dejan una sensación de tal cercanía que, al cobijo de ese sentimiento, nos creemos compulsados a seguir pensando en nuevos encuentros científicos y en nuevos empeños bibliográficos; siempre sobre la base de que unos y otros deben resultar de interés y utilidad para nuestras comunidades jurídicas, como razón cierta para hacer permanente y palpable esa impresión de cercanía.

Dr. Andry Matilla Correa
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y
Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba
La Habana, junio de 2016.

Aporias no sistema eleitoral no Brasil

WALBER DE MOURA AGRA*

Palavras introdutórias

Aporia, étimo de origem grega, significa uma pergunta que não pode ser respondida, seja por impedimento conceitual, seja por óbice fático ou qualquer tipo de outro estorvo. O sentido aqui empregado é o de não existir uma resposta ontologicamente jurídica para uma reforma do sistema eleitoral brasileiro que possibilite a concretização de uma democracia realmente participativa. Inexistem soluções miraculosas, principalmente quando há uma grande massa de excluídos na população, uma forte concentração midiática e uma ausência de cultura de cidadania ativa na maior parte das classes sociais. A chave problemática não são apenas mudanças jurídicas, mas toda uma complexa série de modificações que principalmente incidem em questões sociais.

Todavia, mesmo combatendo a concepção de reforma do sistema eleitoral como uma panaceia, que serve apenas para encobrir as principais máculas de seu funcionamento, não se pode olvidar que algumas modificações na nossa legislação poderiam acabar de vez com alguns sérios problemas, que fazem com que a legitimidade do sistema perca sua intensidade. Acabar com a reeleição, com o multipartidarismo exacerbado, com suplentes que assumem mandatos sem terem recebidos um único voto, etc., pode contribuir para o aprimoramento do sistema.

---

* Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Universitá degli Studi di Firenze; Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce; Professor Visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV; Diretor do IBEC (Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais); Membro Correspondente do CERDRADI (Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement). Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado. Conselheiro Seccional da OAB/PE. Presidente da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PE. Membro da Comissão Nacional da OAB em Defesa da República e do Regime Democrático. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral.

O objetivo agasalhado nas presentes linhas é tentar mostrar alguns delineamentos que não modificaram totalmente o nosso sistema eleitoral, mas contribuirão para o seu aperfeiçoamento.

Reforma política

O étimo da palavra reforma significa as modificações normativas efetuadas em âmbito constitucional e infraconstitucional para se adequar as novas realidades fáticas, sem ensejar a realização de *gap's* entre a seara fática e a seara normativa. Ela se mostra como um instrumento bastante útil para sincronizar as normas jurídicas e atualizá-las às novas demandas sociais, evitando um depreciamento de sua eficácia.

Dentre as reformas que são acalentadas há muito tempo pelos legisladores, a política se mostra de uma pertinência inexcedível, pois pode servir como um instrumento propulsor para a consolidação de uma democracia participativa. Os escândalos que ocorreram no âmbito do Congresso Nacional correspondem a uma tradição negativa que vem assolando o parlamento brasileiro, o que faz com que haja uma consolidação da baixa credibilidade da atividade política.[1] Para tentar reverter esse quadro, uma maior participação dos cidadãos nos assuntos coletivos se configura quase como uma panacéia.

A reforma política representa uma das alterações constitucionais mais necessárias e prementes que o legislador ordinário brasileiro urge implementar. A moralização dos costumes políticos, o fortalecimento dos partidos e uma maior fidelidade à vontade popular são três cânones que devem nortear as especificações das alterações constitucionais e infraconstitucionais. Não obstante, ela também é uma das reformas mais difíceis, em razão de interferir no resultado das eleições e, consequentemente, no panorama político estabelecido.

A reforma política abrange todas as modificações realizadas nos institutos que auferem os ditames da soberania popular, reestruturando os seus mecanismos, no que representa muito mais do que uma alteração eleitoral porque incide nas estruturas da própria representação de poder. Portanto, a reforma eleitoral se enquadra como uma das segmentações da reforma política indo muito além de seus limites.

Norberto Bobbio ensina que as pessoas são as suas virtudes e os seus defeitos, e que nós não podemos achar, simplesmente, que os homens são capazes de resolver todos os problemas, baseados em uma retilineidade moral inexistente. Nem todos os homens são como Péricles, Catão, exemplos de um padrão de moralidade. Mas, por isso mesmo, o que devemos pensar é em fortalecer as

[1] Santos, Antônio Augusto Mayer dos: *Reforma Política: Inércia e Controvérsias*, Editora AGE, Porto Alegre, 2009, p. 33.

instituições, porque os homens passam, mas as instituições ficam. Destarte, o grande desafio da reforma política é o fortalecimento das instituições.[2] Retirando-lhe o seu traço personalista e reforçando a essência do Estado de Direito.[3]

Nesse prisma de se tentar modificar as instituições, uma das premências da reforma política é tentar conectar os mandatários à vontade emanada das ruas, isto é, ligar os representantes eleitos aos interesses organizados da sociedade, fazendo que a classe política seja representante dos desígnios da população.

Carlos MAXIMILIANO define o regime representativo como o modelo em que o povo não governa diretamente, como nas democracias gregas, mas delega poderes a representantes seus para fazerem ou executarem as leis. Lembra que a outorga de atribuições não é ilimitada e não admite subrogações nem substabelecimento.[4] Existem conceitos outros de representação, como o de Hermann HELLER, que sustenta um caráter mais personalista e discricionário, ao defender que ela representa a unidade de uma conexão de ação em uma pessoa concreta, em que as organizações seriam representadas por meio de cidadãos que personificariam esses órgãos.[5] Todavia, em pleno Século XXI tais conceituações encontram-se superadas.

Os representantes devem, antes de qualquer coisa, ser mandados pelo povo no sentido de expor em seu lugar sua vontade. No fato de que eles receberam da população o seu mandato reside o poder legitimador das decisões, mas também o instrumento para analisar se elas estão em sincronia com a vontade dos representados.[6]

Pressupõe-se que este deve ser o cerne da reforma política, a busca pelo fortalecimento das instituições e não de seus protagonistas, porque estas ficam e os seus agentes se esvaem. O fortalecimento das instituições configura-se um instrumento hábil na luta diuturna pelo aperfeiçoamento da democracia, proporcionando mecanismos eficientes para que todo cidadão possa exercer sua cidadania, decidindo o itinerário político que deva ser percorrido pela polis. Assim, para melhor atrelar a vontade dos representantes políticos à da população, uma reanálise dos sistemas eleitorais pode entabular algumas diretrizes para o aperfeiçoamento democrático.

Por hipótese alguma, o seu resultado será nulo na composição das forças políticas. Suas consequências sempre serão marcantes, pois, por exemplo, pode fortalecer as forças majoritárias ou minoritárias, os grandes ou pequenos par-

---

2 BOBBIO, Norberto: *Entre Duas Republicas. As Origens da Democracia Italiana*, Trad. Mabel Malheiros Bellati, UnB, Brasília, 2001.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes: *Estado de Direito*, Gradiva, Lisboa, 1999, p. 56.

4 SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, Senado Federal, Brasília, 2005, p. 129.

5 HELLER, Hermann: *Teoría Del Estado*, Trad. Luis TOBIO, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 359.

6 ZIPPELIUS, Reinhold: *Teoria Geral do Estado*, Trad. Karin PRAEFKE-AIRES COUTINHO, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 238.

tidos, restringir o uso do poder econômico, etc. Mais latente ainda serão seus efeitos quando as discussões versarem acerca da mudança do sistema político, no que enseja uma modificação na forma como os representantes são eleitos.

Precisa-se ter bastante atenção para que a reforma política não seja configurada como uma solução miraculosa para os males que afetam o sistema político brasileiro, como se ela pudesse expurgar todas as mazelas políticas e sociais, fazendo com que o abuso do poder econômico, político, midiático fossem eliminados da sociedade. Não é nada disso, contudo, ela pode ser um instrumento imprescindível para o aperfeiçoamento de nossas instituições, fazendo com que as políticas públicas realizadas estejam voltadas à maioria da população.

Sistema eleitoral

Luís Virgílio Afonso da Silva explica que a problemática em conceituar o sistema eleitoral são as definições muito amplas, provocando a inclusão de todo o direito eleitoral no estudo dos sistemas eleitorais. Porém, adverte que problema maior advém de conceituações muito estritas, que ocorrem mais frequentemente, e acarretam maiores problemas de compreensão da sistemática eleitoral e, principalmente de conceituação e avaliação de resultados. [7]

Segundo Pinto Ferreira, sistema eleitoral é aquele conjunto de processos mediante os quais o povo escolhe os seus governantes.[8] Para Vitali Latov é o conjunto das modalidades jurídicas que regulamentam a eleição dos órgãos do poder do Estado, a organização e execução do voto e a determinação de seus resultados.[9] Os sistemas eleitorais são conjuntos de leis e regras partidárias que regulam a competição eleitoral entre e no interior dos partidos, dividindo-se em sua dimensão interpartidária e a intrapartidária.[10]

Segundo José Antônio Giusti, sistemas eleitorais são construtos técnico-institucional-legais instrumentalmente subordinados à realização de uma concepção particular da representação político e, de outro, a consecução de propósitos específicos, que digam respeito ao sistema partidário, à competição partidária da representação parlamentar e de governo, à estabilidade, à continuidade, à alternância dos governos, ao consenso público e à integração do sistema político.[11]

---

[7] Silva, *Luís Virgílio Afonso* da: *Sistemas eleitorais. Tipos, Efeitos Jurídicos-políticos e Aplicação ao Caso Brasileiro*, Editora Malheiros, São Paulo, 1999, p. 35.

[8] Ferreira, Pinto: *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Editora Saraiva, 1975, p. 633.

[9] Latov, Vitali: *O Sistema Eleitoral Soviético*, Editorial Estampa, Lisboa, 1975, p. 31.

[10] Klein, Cristian: *O Desafio da Reforma Política. Consequência dos Sistemas Eleitorais Abertas e Fechada*, Mauad X, Rio de Janeiro, 2007, pp. 23-24.

[11] Tavares, José Antônio Giusti: *Sistemas eleitorais nas democracias contemporâneas*, Relume-Dumará, Rio de Janeiro, 1994, p. 17.

O sistema eleitoral é uma especificidade da reforma política porque ela enfoca todos os procedimentos voltados para a normatização das eleições, modelando com a manifestação popular traduzida nas votações, formará os mandatários públicos. Ela abrange os procedimentos inerentes às eleições e à formação dos representantes populares. Já a reforma política se configura muito mais ampla porque regulamenta além das eleições e da composição parlamentar, a estruturação do próprio poder.

A definição de sistema eleitoral se configura muito complexa, em decorrência de sua extensão conceitual, pois institui as maneiras em que a cidadania intervém no poder político, delineando os mecanismos que conduzirão as diretrizes da soberania popular. Ele se configura como o sistema pelo qual a manifestação de vontade dos eleitores será expressada e como os mandatários populares serão escolhidos.

Na realidade brasileira, em que o gerenciamento e a regulamentação prática das eleições se encontra ao alvedrio da Justiça Eleitoral, ele começa com o alistamento, passa pelo registro de candidatos, regulamenta o pleito eleitoral e se estende até a diplomação. Cada uma dessas fases se reveste de grande importância, já que práticas não recomendáveis podem fraudar a vontade popular.

A nitidez que o sistema eleitoral reveste propicia um maior ou menor incentivo às decisões democráticas, podendo, inclusive, servir como instrumento de uma democracia simbólica, em que os donos do poder utilizam as eleições como apanágios para manutenção de seu poder real na sociedade. Sua utilização tergiversa pode propiciar o *gerrymandering*, em que se distribuem as circunscrições eleitorais com a finalidade exclusiva de se atender a alguns interesses políticos, sem delimitá-las de forma técnica e imparcial.[12] Sua estruturação também pode acarretar o *malapportionment*, que significa a desproporcionalidade de peso entre as diversas circunscrições eleitorais.

A importância direcionada ao sistema eleitoral brasileiro tem a finalidade precípua de analisar alguns conceitos que a ele são pertinentes e tentar verificar suas consequências a realidade nacional. Neste escopo será analisado o sistema majoritário e o proporcional, bem como algumas derivações deste último.

O sistema majoritário e proporcional no Brasil

O sistema majoritário é o mais antigo. Nele, será eleito o candidato que obtiver o maior número de votos (maioria simples ou absoluta). Ou seja, apenas serão eleitos os candidatos que obtiverem um maior número de votos, sendo um reflexo de sua supremacia eleitoral, no que exclui da representação política

[12] Redistricting. Disponível em: http://www.fairvote.org/redistricting. Acesso em 01/05/2011.

aqueles que não angariaram número suficiente de votos, ainda que tenham sido derrotados por uma diferença mínima de votos.[13]

A lógica desse sistema é apenas garantir representação ao partido ou candidato que tenha o maior número de votos, fazendo com que esta expressão popular sintetize a vontade da maioria, sendo o princípio majoritário a base do regime democrático.[14] Nesse diapasão, o mencionado princípio alicerçaria a Constituição, constituindo na ligação com a soberania popular.[15]

O sistema majoritário pode ser puro ou simples ou majoritário em dois turnos. No primeiro, o candidato que alcançar o maior número de votos, independente de ter conseguido a maioria será eleito. No segundo, apenas será eleito o candidato que alcançar determinado quórum; se ele não conseguir na primeira votação, realizar-se-á outra, com a participação dos dois candidatos mais votados para auferir o vencedor.[16] Ele pode ser realizado igualmente em circunscrições uninominais, em que apenas um candidato pode ser eleito, o que

---

[13] Maluf, Sahid: *Teoria Geral do Estado*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 219.

[14] As críticas atualmente ao sistema majoritário são arrefecidas porque as decisões da jurisdição constitucional atuam para mitigar os seus excessos, pululantes em diversos países, fazendo com que a vontade da maioria ceda lugar a proteção dos direitos humanos das minorias. "A relação do princípio da maioria com o princípio da constitucionalidade é essencialmente ambivalente. Por um lado, o princípio da inconstitucionalidade é, obviamente, um limite do princípio da maioria, isto é da maioria legiferante ordinária; por outro lado, porém, o princípio da constitucionalidade também é ele mesmo expressão do princípio da maioria, ou seja, da maioria fundante e constituinte da comunidade política. Daí que a função da jurisdição constitucional de fazer prevalecer a Constituição contra a maioria legiferante arranca essencialmente da consideração de que a justiça constitucional visa adjudicar o conflito entre duas legitimidades, de um lado, a legitimidade *priori*tária da lei fundamental e, do outro lado, a legitimidade derivada do legislador ordinário". Vital Moreira: "Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional". In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 192-193.

[15] Tocqueville, Alexis: *La democracia in America*, Rizzoli, Milano, 1999, p. 257. "A relação do princípio da maioria com o princípio da constitucionalidade é essencialmente ambivalente. Por um lado, o princípio da inconstitucionalidade é, obviamente, um limite do princípio da maioria, isto é da maioria legiferante ordinária; por outro lado, porém, o princípio da constitucionalidade também é ele mesmo expressão do princípio da maioria, ou seja, da maioria fundante e constituinte da comunidade política. Daí que a função da jurisdição constitucional de fazer prevalecer a Constituição contra a maioria legiferante arranca essencialmente da consideração de que a justiça constitucional visa adjudicar o conflito entre duas legitimidades, de um lado, a legitimidade *priori*tária da lei fundamental e, do outro lado, a legitimidade derivada do legislador ordinário". Vital Moreira: ob. cit., pp. 192-193.

[16] Pedra, Adriano Sant'Ana: "Sistema Eleitoral e Democracia Representativa". In: *Constitucionalismo. Os Desafios no Terceiro Milênio*, Editoria Fórum, Belo Horizonte, 2008, pp. 23-25.

obtiver o maior número de votos ou em circunscrições plurinominais, em que os candidatos mais votados serão eleitos.

O sistema proporcional foi estabelecido na Bélgica, em 1899, depois na Suécia e na Bulgária em 1909. Tornou-se o sistema prevalecente na maioria dos países da Europa Ocidental depois da I Guerra Mundial.[17] Parte-se do fator teleológico de se estabelecer um elo de sincronia entre os candidatos eleitos, possibilitando que cada grupo social tenha uma devida representação conforme sua força política. Segundo Pinto FERREIRA o sistema de representação proporcional tem a missão de assegurar aos diferentes partidos no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um, objetivando fazer desse órgão legislativo um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional.[18]

Esse sistema possibilita que o número de vagas da representação popular seja preenchido de acordo com o número de votos recebidos pelos candidatos ou partidos através da aferição de determinados quocientes. Dessa forma, as minorias podem ter representação no parlamento, em razão de que não são os candidatos mais votados que assumem mandatos, mas sim aqueles que atingem quocientes estipulados.[19] Ele pode ser especificado de várias maneiras, dependendo do contexto político. O sistema proporcional pode ser distrital puro ou misto, realizado em lista aberta ou fechada, etc.[20]

O principal objetivo do sistema proporcional, independentemente da maneira como ele tenha sido implementado, configura-se em refletir, por intermédio de representação parlamentar, todos os interesses grassantes na sociedade, representando no parlamento todas as colorações políticas da sociedade. É o sistema em que há uma possibilidade maior de fragmentação de poder, permitindo a representação às mais variadas forças políticas, desde que elas obtenham um número mínimo de voto.

No Brasil, a eleição para presidente da república, governadores, senadores e prefeitos e realizada pelo sistema majoritário e a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores é realizada pelo sistema proporcional.[21] Na hodierna

---

[17] PAUPÉRIO, A. Machado: *Teoria Geral do Estado*, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 237.

[18] FERREIRA, Pinto: *Código Eleitoral Comentado*, 4ª ed., Editora Saraiva, Rio de Janeiro, 1997, p. 169.

[19] Interessante que a regulamentação do art. 34, da Constituição de 1891, que dentre seus múltiplos conteúdos tratava da eleição para cargos federais, mencionava expressamente o direito de representação das minorias. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa: *Constituição Federal Brasileira de 1891 Comentada*, Senado Federal, Brasília, 2002, p. 105.

[20] MALUF, Sahid: ob. cit., p. 220.

[21] FLEISCHER, David: "Análise Política das Perspectivas da Reforma Política no Brasil, 2005-2006". In: *Reforma Política. Agora vai?*, Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2005, p. 15.

conjuntura vivida pela população brasileira, não se considera que uma modificação nessa sistemática ofereça um aprimoramento do sistema.

A introdução do voto distrital, puro ou misto, apoiada por expressivos setores, em nada acrescentará à legitimidade dos sufrágios, muito pelo contrário, corre-se graves riscos em decorrência do delineamento das circunscrições e pode-se acarretar a criação de "currais eleitorais" em pleno Século XXI. Na era de uma "aldeia global", a necessidade está na implementação de políticas uniformes, que façam com que as desigualdades regionais possam diminuir, e não a formatação de um parlamentar paroquial, ligado umbilicalmente ao seu distrito. A sugestão de distritão é pior ainda porque esfacela de vez os partidos políticos e faz com que os políticos que tenham maior notoriedade e poder econômico se destaquem em detrimento dos demais.

A única modificação seria realizada no sistema proporcional em relação à proibição de coligação para as eleições proporcionais e às sobras do quociente partidário para que votos auferidos pudessem ter o mesmo valor.

Coligação é uma aliança que os partidos fazem para a disputa eleitoral e depois, se houver interesse, para o governo dos cargos executivos. A crítica que se faz não é à coligação para a administração do governo federal, estadual ou municipal, plenamente aceitável em todo o mundo, mas a coligações apenas para os pleitos legislativos em que sua única finalidade é facilitar a obtenção do quociente eleitoral. Destarte, partidos que tem uma densidade social muito pequena, juntam candidatos com pouca expressão para formar uma "chapinha" e dessa forma elegem candidatos que de outra forma não alcançariam o quociente eleitoral. Exemplo é a coligação em que dez candidatos conseguem, cada um, dez mil votos, totalizando cem mil, quando o quociente eleitoral é noventa mil votos. Com sua soma de sufrágios, essa coligação elegerá um representante, enquanto outros candidatos que obtiveram até mesmo mais de cinquenta mil votos, se a coligação não fez o mencionado quociente, não elegerá nenhum mandatário.

A outra modificação é com relação às sobras eleitorais. Depois de indicado o quociente eleitoral, número de votos válidos divididos pelo número de cadeiras válidas, obtém-se o quociente partidário, que é o número de votos obtidos pelo partido ou coligação, divididos pelo quociente eleitoral. Após estas duas operações encontra-se o número de cadeiras de cada partido e coligação, entretanto, quase sempre, ainda restam às sobras partidárias.

A distribuição das sobras é realizada pelo método das médias, em que não há isonomia dos votos principalmente porque os partidos que não alcançaram o número mínimo de votos ficam impedidos de participar das sobras. Mais isonômico seria que aqueles partidos que obtivessem o maior número de votos tivessem a prerrogativa de indicar os representantes ainda faltantes, sem que um menor número de votos pudesse valer mais que uma maior quantidade.

Reeleição

O instituto da reeleição foi consagrado no âmbito brasileiro com a PEC 01/95, a famigerada "PEC da reeleição", de autoria do Deputado Mendonça Filho, que teve como fim precípuo, à época, aprimorar o presidencialismo, sistema de governo, ratificada pelo plebiscito de 1993.

Há registros de que outras propostas de Emenda à Constituição também tramitavam sobre o mesmo tema, tais como as PEC's de nº 54, 58, 86, 113, 161, 172 e 222, de modo que o presidente da Câmara dos Deputados à época Luiz Eduardo Magalhães, do antigo Partido da Frente Liberal (PFL) do Estado da Bahia, apensou todos esses projetos de emenda em um único projeto, que deu origem à inserção no ordenamento jurídico da EC nº 16/97, o que gerou nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82, todos da Constituição Federal.

No que se refere ao tema discutido, vê-se que com a alteração do art. 14, § 5º, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, bem como os prefeitos, adquiriram o direito à reeleição, que consiste na prerrogativa de poderem ser candidatos por mais um período de quatro anos, isto é, outorgou-se a possibilidade de mais uma candidatura sucessiva nesses cargos, podendo concorrer novamente sem a necessidade de se desincompatibilizar.[22]

Inclusive este foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando realizou o julgamento da ADI nº 1.805, verberando no sentido de que, como não se trata de uma cláusula de inelegibilidade, restou afastada a exigência de desincompatibilização.[23]

No Brasil apesar de não haver a necessidade de desincompatibilização do cargo, não pode haver sucessivas reeleições. O número máximo de mandatos

---

[22] [...] Prefeito que renuncia ao primeiro mandato pode se candidatar à reeleição. Precedentes. [...]" NE: "[...] Não se exige a desincompatibilização seis meses antes do pleito ao candidato que, eleito para um primeiro mandato, pretenda candidatar-se ao mesmo cargo, ainda que não tenha exercido o mandato em sua integralidade. [...]" (Ac. n° 23.607, de 11.10.2004, rel. Min. Gilmar Mendes.) "Consulta. [...] Reeleição. A reeleição é faculdade assegurada pelo art. 14, § 5°, da Constituição Federal. [...] O titular de mandato do Poder Executivo não necessita de se desincompatibilizar para se candidatar à reeleição. Precedentes." (Res. n° 21.597, de 16.12.2003, rel. Min. Ellen Gracie.)

[23] [...] bem assim da interpretação impugnada do § 5º do art. 14 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 16/1997, que não exige de Chefe de Poder Executivo, candidato à reeleição, o afastamento do cargo, seis meses antes do pleito. 17. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, tão-só, em parte, e indeferida a liminar na parte conhecida. (STF - ADI: 1805 DF, Relator: Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 26/03/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14-11-2003 PP-00011 EMENT VOL-02132-12 PP-02272).

são de dois seguidos; seguem também este entendimento a Bulgária, Namíbia, Portugal, Romênia e Estados Unidos.[24]

O Deputado Federal autor da proposta da referida emenda aduziu que o instituto da reeleição é um desses instrumentos de aperfeiçoamento do sistema de governo presidencialista, e chegou a essa conclusão após a análise de exemplos históricos como a do chanceler alemão Konrad Hermann Joseph Adenauer, que foi reeleito em 1953, 1957 e 1961, e renunciou ao cargo em 1963. Do presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt, eleito por três vezes onde permitiu que o new deal fosse conduzido sem solução de continuidade e com sucesso, assim arrancou o país da recessão.[25]

Então, poder-se-ia dizer que a ideia do instituto da reeleição teve como alicerce e inspiração histórica a tentativa de cessação da crise enfrentada pelo Brasil naquele período. Esse era o ideário imaginário dos congressistas com a instituição da reeleição, pois se acreditava que o país estava empobrecendo e a economia entrava em declínio em razão do futuro incerto em que o país caminhava, sem um Chefe do Poder Executivo que perduraria no poder e levaria consigo uma estabilidade política, econômica e financeira. Portanto, com a implementação da reeleição estar-se-ia diante de um governo forte, capaz de superar a crise econômica e estabelecer uma reestrutura imediata no país.

O escritor francês Alexis de Tocqueville difundiu seu pensamento contrário ao instituto da reeleição asseverando que a possibilidade de reeleição amplificaria os males dos governos eletivos, ao ponto de comprometerem "a própria existência do país", e conclui que a intriga e a corrupção são inerentes a este instituto, pois os candidatos já ocupantes de cargos eletivos possuem o governo à sua disposição e as atividades essenciais de governo serviriam de instrumento na campanha eleitoral.[26] O que corrobora com o desequilíbrio nas eleições e gera a quebra da isonomia.

O princípio da isonomia, também comumente chamado de igualdade, dispõe que todos são legalmente iguais, significando que a lei não poderá criar diferenciações onde a realidade fática não criou.[27]

O mestre Rui Barbosa já elucidava que "a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se des-

---

[24] Brasília, Câmara dos deputados. Reeleição: aprimorando o sistema presidencialista brasileiro. 1998. p.30. "Art. 14. § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subseqüente.

[25] Brasília, Câmara dos deputados. Reeleição: aprimorando o sistema presidencialista brasileiro. 1998, p. 10.

[26] Brasília, Câmara dos deputados. Reeleição: aprimorando o sistema presidencialista brasileiro. 1998, p. 14.

[27] Agra, Walber de Moura: *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 175.

igualam" e "tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não, igualdade real".[28] O seu entendimento está concatenado com a ideia de igualdade substancial ou justiça distributiva –idealizada por Aristóteles– que consiste em dar tratamentos justos a todos os indivíduos, de modo a compensar eventuais desvantagens sociais, culturais, financeiras, etc.[29] De outro lado, também existe o aspecto formal da igualdade, que concerne em garantir a todos com observância da efetiva disponibilização de meios ou recursos materiais de que, todos são iguais perante a lei –sem nenhuma discriminação.

O escopo precípuo para a implantação da reeleição, em meados de 1997, que foi a de garantir uma estabilidade governamental pela possibilidade de manutenção de um governo eleito não produziu o efeito esperado de evitar crises econômicas. Muito pelo contrário, para garantir sua reeleição à época, Fernando HENRIQUE CARDOSO não desvalorizou o real, que era mantido artificialmente, o que redundou na perda de vários bilhões de dólares das reservas externas brasileiras. Resultado, o instituto da reeleição serviu para aprofundar as crises em razão de que o objetivo maior não é evitá-las, mas utilizar todas as políticas públicas possíveis para conseguir a reeleição.

A conclusão é que a possibilidade de dois mandatos consecutivos no Executivo, principalmente diante do substrato material e subjetivo vigorante no Brasil, não foi nada alvissareiro. Seu legado cristalino é o da utilização despudorosa da máquina pública para a manutenção de grupos políticos, independente da ideologia, no poder. Ao invés de colaborar com a densificação dos valores republicanos, seu resultado foi o antípoda, haja vista que o imediato objetivo dos grupos políticos que chegam ao poder é a sua manutenção, mesmo que seja em detrimento da elaboração de políticas públicas eficientes e da melhor utilização do erário público. Destarte, advoga-se o fim da reeleição porque em países sem consolidação de um Estado de Direito normativo e axiológico, e sem uma infraestrutura econômica estável, ela terá, infelizmente, como única finalidade a perpetuação de grupos políticos no poder.

Suplência de senador

Configura-se em uma das parêmias do sistema político que o sujeito da soberania popular[30] é o povo, cristalizado na máxima forcejada no Direito Nor-

[28] CÔRTES DE LACERDA, Virgínia: *Escritos e discursos seletos*, Aguilar, Rio de Janeiro, 1966, p. 666.

[29] PUCCINELLI JÚNIOR, André: *Curso de Direito Constitucional*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 215.

[30] A existência e eficácia da soberania popular –o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo– pressupõe uma ordem constitucional ma-

te-Americano de que *"one man, one vote"*, no que quer dizer que cada cidadão, independente do gênero ou classe social, dispõe de um voto para interferir no processo democrático.[31]

Dessa forma, o mantra da representação política é que cada mandatário tem que ser eleito pelo sufrágio universal, tornando-o legítimo, pelo voto popular, para gerir os destinos da coletividade. De uma forma geral, todos os sistemas representativos partem desse postulado e não poderia ser diferente, a não ser que quisessem perder sua taxionomia democrática. Poucos são os países que ostentam sistemas democráticos que destoam da representação ser escolhida pelo sufrágio e uma das poucas exceções é o Brasil como os suplentes de senador.

Não existe o cargo de suplente,[32] na verdade, suplente caracteriza-se como o *status* de determinados candidatos que disputaram as eleições e não conseguiram o número de votos necessários para conquistar um mandato popular. Então, em uma sequência, de acordo com a votação recebida, estabelece-se os suplentes para os cargos do Legislativo para no caso de haver uma vaga, em virtude de morte, impedimento ou licença, o suplente assumir o mandato, que pode ser de forma transitória ou definitiva.

---

terialmente informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e procedimentalmente dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática desse princípio (Canotilho, J. J. Gomes: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 4ª ed., p. 290). Quem teorizou acerca da soberania da nação foi o Abade Sieyés. Para Sieyés, o detentor da soberania não seria necessariamente o povo, mas quem representasse a nação, entre abstrato que poderia ser personificado por um ditador, por um diretório ou pelo povo. Caberia à Constituição indicar quem seria o representante da nação. A forma por que a soberania popular tem concretização é o sufrágio universal, realizado pelo voto direto e secreto. (Agra, Walber de Moura: *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, pp. 335 y 336).

[31] Denota a universalidade do sufrágio. O sufrágio é a manifestação da vontade do povo para a escolha dos mandatários da vontade política, realizada mediante o voto direto e secreto.

[32] A Constituição Federal traz em seu artigo 46, §3º, o instituto da suplência do cargo de senador da república, vejamos:
Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.
§ 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes.
Sabe-se que, as eleições para o cargo de senado federal seguem o sistema majoritário, isto é, será eleito o candidato que obtiver a maioria dos votos no pleito eleitoral. Então, no caso dos senadores federais será levada em conta, a maioria dos votos de todo o território dos Estados ou do Distrito Federal, pois tal cargo representa tais entes federativos por este motivo tal contabilização. Cada ente federativo terá um número de 03 (três) senadores e a renovação de tais cargos se dá de forma alternativa, portanto, de um a dois terços das cadeiras serão renovadas a cada 04 (quatro) anos.

Essa regra geral, de forma teratológica, não incide em relação aos suplentes dos senadores. Na hora do registro de candidatura, cada senador registra o seu nome e mais o de dois suplentes, que podem ser do seu partido ou da coligação. Caso o candidato venha a ganhar as eleições, ele é registrado, bem como os dois suplentes. Ocorre que nas eleições a população vota apenas no candidato, sem poder escolher quem serão os seus suplentes. A bem da verdade, na propaganda eleitoral o nome dos dois suplentes aparecem, mas, de forma bastante secundária.[33] Na maioria dos casos, passam escondidos durante todo o processo eleitoral. Acontece que os senadores, como o mandato é de oito anos e vários deles disputam cargos majoritários ou são chamados para serem secretários e ministros, de modo bastante frequente, os suplentes de senadores assumem o mandato por longos períodos. São mandatários populares sem terem recebido ao menos um voto nas eleições.[34] O pior é que passam desapercebidos na campanha eleitoral, sendo que a esmagadora maioria da população os desconhece, agindo sem nenhum tipo de legitimidade popular.

Reside aí, uma das maiores teratologias do sistema democrático brasileiro: permitir que representantes que participaram do processo eleitoral apenas de maneira formal, sem terem recebido votos de forma direita, possa exercer um mandato político.

A proposição é que a escolha dos suplentes do senado seja realizada da mesma forma que para os outros candidatos, através do voto popular. Eles seriam eleitos de acordo com o número de votos. O mais votado exerceria o mandato de forma imediata e os outros dois mais votados exerceriam as respectivas duas suplências. Assim, acabar-se-ia com uma das graves máculas do sistema brasileiro e aumentar-se-ia sua legitimação.

---

[33] No que tange à regra geral para veiculação de propaganda eleitoral, dispõe a lei das eleições, no capítulo destinado à regulação "Da Propaganda Eleitoral em Geral" que, sempre que houver propaganda a candidato a cargo majoritário, os nomes do candidato à vice ou a suplente de senador deve estar presente de forma legível e não inferior a 10% do tamanho do nome do candidato do titular (art. 36, §4º, da Lei 9.504/97).

[34] É de bom alvitre salientar a PEC nº 18/2015 de autoria do Senador Raimundo Lira (PMDB-PB), que tem como objetivo a votação dos suplentes de senadores, isto é, será designado como primeiro suplente o candidato mais votado não eleito como titular e, como segundo suplente, o que ficar na posição subsequente. O Código Eleitoral em seu artigo 178 dispõe:
"O voto dado ao candidato a Presidente da República entender-se-á dado também ao candidato a vice-presidente, assim como o dado aos candidatos a governador, senador, deputado federal nos territórios, prefeito e juiz de paz entender-se-á dado ao respectivo vice ou suplente". Portanto, esta PEC tem como fim cessar tal entendimento.

Ausência de efetividade dos instrumentos de democracia participativa

Pelo escopo do art. 1º da Constituição Federal, o Brasil é uma República Federativa que tem como fundamento o regime democrático, isto é, um regime de governo no qual a legitimação do poder se encontra alicerçada pelo povo e no qual o cidadão é que toma as decisões políticas. Pelas dimensões territoriais e pela complexidade da vida social, uma democracia direta encontra sérias limitações. Mesmo o exemplo da Grécia antiga, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, deve ser vista com abrandamentos, uma vez que a democracia grega excluía a participação de mulheres, estrangeiros e escravos.[35] A democracia representativa pura, em que o povo exerce sua soberania apenas por seus representantes, apresenta sérios problemas porque os mandatários nem sempre fazem a vontade da população. A forma de democracia semidireta, em que ao lado da representação popular há institutos de democracia participativa parece representar a melhor opção para a manifestação de vontade da maioria da população, sendo imperioso o aperfeiçoamento de seus instrumentos para que a vontade do povo seja constantemente ouvida.

Para Paulo Bonavides a democracia participativa combate a conspiração desagregadora do neoliberalismo e forma a nova corrente de ideais que se empenham em organizar o povo para pôr um dique à penetração da ideologia do colonialista, que é uma ideologia de submissão e fatalismo.[36]

Como instrumentos da democracia participativa há de forma explicita três institutos insculpidos no art. 14 da Constituição Federal: a) plebiscito; b) referendo; e c) a iniciativa popular.[37]

Todos esses instrumentos da democracia participativa estão regulamentados pela Lei nº 9.709/98, servindo para que a população possa se manifestar de forma mais intensa nas decisões políticas. O plebiscito (do latim *plebis* □ plebe□ e *scitum* □decreto) é um instituto político conexo com o referendo, e ambos visam consultar o povo a respeito de determinadas leis. Quando houver necessidade de convocar o povo para que ele se posicione a respeito de uma propositura normativa antes de sua promulgação, será isso um plebiscito; após

[35] Barroso, Luís Roberto: *Curso de direito constitucional contemporâneo*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 6.

[36] Bonavides, Paulo: *Teoria Constitucional da democracia participativa*, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 34.

[37] Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular.

a sua promulgação, será um referendo. Já a iniciativa popular é a permissão ao povo para que proponha iniciativa de lei para o Congresso Nacional.[38]

Infelizmente, no Brasil, tais instrumentos da democracia participativa não são usados de forma frequente. Nos registros históricos vê-se que foram realizados apenas 02 (dois) referendos, o primeiro acerca da continuidade ou o fim do sistema parlamentarista de governo, no ano de 1963, e o segundo sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munição, no ano de 2005. Quanto ao plebiscito só há registro de 01 (um), previsto no art. 2º do ADCT/CF/88, sobre a escolha do sistema de governo e escolha do regime de governo, no ano de 1993. No que tange à iniciativa popular, registra-se que só houve 04 (quatro) projetos de lei elaborados pela sociedade, sendo o último a Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010).[39]

Mas o que chama atenção não é apenas o pouco uso desses institutos, o que revela uma baixa densidade da democracia participativa no Brasil, igualmente chama atenção a inexistência de outros instrumentos de consulta popular. A Constituição Federal de 1988 poderia ter ampliado o rol dos institutos da democracia participativa, pois quanto mais eficazes forem os mecanismos que possibilitem o acesso da população às decisões políticas, maior legitimidade terá o regime democrático e as crises constitucionais serão mais difíceis de ocorrer. Deveria desse modo, ter introduzido outros instrumentos, como o recall institucionalizar constitucionalmente o orçamento participativo, o veto popular, etc.[40]

A questão mais substanciosa não é a pouca eficiência dos instrumentos de democracia popular existentes ou seu reduzido número, o ponto mais premente se configura na escassa participação da população na política e o seu desinteresse de exercer a sua cidadania. Quanto a esse fato, vários fatores podem ser elencados, como o baixo nível cultural da população em geral, a fortíssima desigualdade social, a concentração dos meios de comunicação em poucos grupos econômicos, a multiplicação exacerbada de partidos políticos, dentre outros. Desses fatores, o mais fácil de ser solucionado é a multiplicação de partidos, muitos deles legendas de aluguel. O estabelecimento de uma reserva de barreira solucionaria facilmente a questão e, dessa forma, as agremiações políticas poderiam se transformar em transmissores da opinião da população brasileira.[41]

---

[38] Agra, Walber de Moura: *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 337.

[39] Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

[40] O ministro Walter Costa Porto afirma que o *recall* é baseado na teoria de que o povo deve manter um controle mais direto e elástico sobre os ocupantes de cargos públicos. Porto, Walter Costa: *Dicionário do voto*, Giordano, São Paulo, 1995, p. 275.

[41] Knoerr, Fernando Gustavo: *Bases e Perspectivas da Reforma Política Brasileira*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 139.

Fim do financiamento por parte de pessoas jurídicas

O financiamento de campanha se configura em um tema candente na maioria dos regimes democráticos, consistindo no debate de quais são as fontes financeiras possíveis de suportar os gastos dos pleitos eleitorais. Os custos de uma campanha são deveras altos e aumentam com a elevação do número de eleitores e com o acirramento eleitoral. A predominância do sistema de financiamento privado fez com que os detentores do poder econômico tenham vantagem nas eleições, tornando o sistema eleitoral extremamente desigual, haja vista privilegiar os cidadãos que dispõem de fontes de financiamento em detrimento daqueles que não possuem condições financeiras suficientes.

A utilização do fundo partidário, em que foi constituída uma receita para o financiamento dos partidos políticos, não supre as necessidades básicas de manutenção financeira dos partidos e muito menos possibilita suportar os gastos de campanha. Setores da sociedade clamam para o financiamento estatal das eleições, enquanto outros afirmam que se configura um custo muito alto, havendo outras obrigações prementes para os órgãos estatais se preocuparem.

Para evitar a influência deletéria das fontes de financiamento das campanhas eleitorais, o legislador instituiu algumas disposições normativas com o escopo de dar maior transparência à sua prestação.

Os recursos para o financiamento das campanhas políticas podem provir das seguintes fontes: a) recursos próprios do candidato; b) recursos e fundos próprios dos partidos políticos; c) doações, em dinheiro ou estimáveis em dinheiro, de pessoas físicas ou de pessoas jurídicas; d) doações, por cartão de débito ou de crédito; e) doações de outros candidatos, comitês financeiros ou partidos políticos; f) repasse de recursos provenientes do Fundo de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – Fundo Partidário, de que trata o art. 38 da Lei nº 9.096/95; g) receita recorrente da comercialização de bens e/ou serviços e/ou da promoção de eventos, bem como da aplicação financeira dos recursos de campanha (art. 18 da Resolução n. 23.376/2012).

Numerário provindo de fontes que não sejam essas expressamente indicadas é considerado ilícito, devendo sofrer os rigores da lei. Pessoas físicas podem fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido ao disposto nesta Lei.

Os candidatos, partidos políticos e comitês financeiros poderão receber doações de pessoas físicas e jurídicas mediante depósitos em espécie, devidamente identificados, cheques cruzados e nominais ou transferências bancárias, ou ainda em bens e serviços estimáveis em dinheiro, para campanhas eleitorais. Todavia, há limitações para essas doações, dependendo do ente doador, nos tetos de: a) 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição, no caso de pessoa física, excetuando-se as doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde

que o valor da doação não ultrapasse R$ 50 000.00, apurados conforme o valor de mercado; b) 2% do faturamento bruto do ano anterior à eleição, declarado à Receita Federal do Brasil, no caso de pessoa jurídica; c) ao valor máximo do limite de gastos estabelecido na forma pela legislação eleitoral até 10 de junho de 2012, se o candidato utilizar-se de recursos próprios.

A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de 5 a 10 vezes a quantia em excesso, sem prejuízo de responder o candidato por abuso do poder econômico, político ou arrecadação e gastos irregulares, nos termos do art. 22 da Lei Complementar nº 64/90 (Lei nº 9.504/97, art. 23, § 3º, 30-A e 81, § 2º).

No âmbito do Poder Judiciário, o tema encontra-se sob o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), contudo, ainda não concluído. Os ministros Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski julgaram procedente o pedido formulado na ação, com fulcro na inconstitucionalidade do financiamento de campanhas eleitorais por empresas privadas, e também a forma como está regulamentado o financiamento por parte de pessoas físicas. Já o ministro Marco Aurélio posicionou-se pela procedência parcial da ação. Teori Zavaski abriu divergência a favor da proibição de doações às campanhas por pessoas jurídicas.[42] Seguindo o entendimento quase pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 03.09.2015, o plenário do Senado aprovou um projeto de reforma política que proíbe a doação de empresas tanto para candidatos quanto para partidos políticos. Falta ainda sua aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados.

[42] Decisão: Após o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, julgando improcedente a ação direta; o voto do Ministro Marco Aurélio, julgando-a parcialmente procedente para declarar, com eficácia ex tunc, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 24, cabeça, da Lei nº 9.540/97, na parte em que autoriza a doação, por pessoas jurídicas, a campanhas eleitorais, bem como a inconstitucionalidade do parágrafo único do mencionado dispositivo e do artigo 81, cabeça e § 1º, da mesma lei, assentando, ainda, com eficácia ex tunc, a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 31 da Lei nº 9.096/95, no ponto em que admite doações, por pessoas jurídicas, a partidos políticos, e a inconstitucionalidade das expressões "ou pessoa jurídica", presente no artigo 38, inciso III, e "e jurídicas", constante do artigo 39, cabeça e § 5º, todos do citado diploma legal; e após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, julgando procedente a ação, acompanhando o voto do Relator, mas reservando-se a pronunciar-se quanto à modulação dos efeitos da decisão ao final do julgamento, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Luiz Fux (Relator) esclareceu que se manifestará em definitivo sobre a proposta de modulação ao final do julgamento. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 02.04.2014.

Segundo Ana Claudia Santano, as regras do financiamento são comumente violadas em países de democracia desenvolvida. É algo sistemático. E acrescenta que os escândalos políticos de corrupção estão frequentemente associados ao financiamento dos partidos e das campanhas dos candidatos que concorrem ao pleito eleitoral.[43] Por essa questão, e ainda mais por no Brasil existir uma grande massa de hipossuficientes, que são mais facilmente cooptados pelo poder econômico e político, defende-se o fim de financiamento por parte de empresas privadas, permitindo-se apenas o financiamento público e o privado por parte de pessoas físicas e até um valor máximo, que poderia ser estabelecido em R$ 5 000.00 (cinco mil reais), por exemplo.

Em geral, as pessoas jurídicas não contribuem com um candidato ou partido em razão de sua ideologia e/ou plataforma partidária, mas para obter benefícios, principalmente econômico. Então, a proibição de contribuição por parte das pessoas jurídicas poderia mitigar a possibilidade de abuso do poder econômico e tornar as campanhas mais baratas.

Conclusão

Toda a modificação no sistema eleitoral é uma soma cujo resultado não é zero, ou seja, toda a reforma no sistema de apuração dos votos redundará em uma modificação na correlação de forças, com vantagens e desvantagens para os partidos políticos. O ideal, ou síntese de todas as reformas, seriam adequações para que os votos fossem iguais e as eleições fossem as mais transparentes, participativas e sem a utilização do poder econômico e político.

Para o alcance desse objetivo o mais próximo possível, há necessidade de superações de óbices normativos e fáticos. A questão é que a maior preponderância se radica nos óbices normativos, sem atenção nas questões fáticas que são mais prementes. Nessas linhas, esquadrinhou-se apenas o contorno de modificações fáticas que são mais consensuais ou óbvias. Para a superação dos impedimentos fáticos, de difícil unanimidade e complexa concretização, obteve-se grande sucesso nos últimos anos com a saída de amplo contingente populacional da pobreza no Brasil, ascendendo a classe média, todavia, resta, incluir a mais ampla parcela de brasileiro na categoria de cidadãos ativos, em que o senso de republicanismo possa ser uma invariável axiológica na população.

[43] Santano, Ana Claudia: *O financiamento da política – teoria geral e experiências no direito comparado*, Editora Ithala, Curitiba, 2014, p. 186.

La transparencia gubernamental y el acceso a la información pública. Su regulación jurídica

Mirtha Arely del Río Hernández*

Introducción

El tratamiento teórico y la consagración jurídica de los principios de transparencia gubernamental y acceso ciudadano a la información pública adquieren hoy importancia en Cuba frente al proceso de actualización del modelo económico, social y político, cuyos Lineamientos políticos fueron aprobados en el sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba en 2012; procesos que deberán encauzarse en la dirección de un fortalecimiento de la democracia y el carácter participativo del modelo socialista.

Desde hace aproximadamente una década la transparencia gubernamental y el acceso a la información de los ciudadanos sobre el actuar de la Administración Pública y de los órganos estatales en general, han sido temas recurrentes en el debate político-jurídico en el ámbito internacional frente al crecimiento del fenómeno de la corrupción y el debilitamiento e ineficacia del control popular sobre la Administración Pública. Desde inicios del siglo XXI en algunos países han sido establecidos como principios constitucionales, y en más de noventa se han dictado Leyes que los regulan, algunos de esos países son latinoamericanos. Con la creciente inserción de Cuba en los mecanismos de integración latinoamericana en lo económico, lo social y lo político, y en un contexto de perfeccionamiento de su sistema socioeconómico y político, es un asunto al que debe prestarse atención.

* Licenciada en Derecho por la UCLV (1987). Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de La Habana (2002). Profesora Titular de Teoría General del Derecho en la carrera de Derecho de la Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas. Email: mirtarh@uclv.edu.cu

¿Qué es el principio de transparencia?

La transparencia en el ámbito de la gestión y Administración Pública es entendida esencialmente como un principio que supone el ejercicio del poder público "en público", o sea de manera abierta, bajo la vista de todos, de modo que los ciudadanos puedan conocer, participar y fiscalizar el poder que en su nombre ejercen los representantes y los entes de la Administración Pública. Es un elemento intrínseco a la democracia, permite que la ciudadanía conozca por qué y cómo actúa la Administración y qué decisiones adopta, de modo que pueda ejercer el control y la fiscalización directos sobre la gestión pública. Como bien expresa Héctor Lorences: "Las nuevas cláusulas sobre participación ciudadana, como la iniciativa popular en materia legislativa (…) y la participación de los usuarios en el control de los servicios públicos, serían ilusorias sin el derecho de acceder a la información gubernamental".[1]

Es un componente de la gobernabilidad ya que implica que el gobierno se ejerce bajo el escrutinio público. Por tanto, es un medio para democratizar la relación entre la Administración Pública y la sociedad. Es una condición o presupuesto de la participación y el control ciudadano. Constituye la antípoda del "secretismo o hermetismo que potencian el ejercicio del poder ilimitado e incontrolado al existir una relación directa entre poder oculto e invisible y la ausencia de límites y controles, que son caldo de cultivo de la corrupción, la amoralidad, la arbitrariedad y la ilegalidad".[2]

La transparencia se relaciona estrechamente con los principios de publicidad y acceso a la información (según los cuales todos los actos y decisiones de carácter público deben ser divulgados y la ciudadanía tiene derecho a acceder a ellos). En un gobierno transparente se reconoce el derecho ciudadano de acceso a la información, por lo que tiende a fortalecer la confianza en las instituciones sobre la base del conocimiento de su funcionamiento y resultados. La transparencia es condición para desarrollar políticas públicas eficientes y de calidad en tanto las decisiones públicas son tomadas sobre la base del dominio de la infor-

---

[1] Lorences Valentín, Héctor: "El Derecho de acceso a la información gubernamental", en *La responsabilización en la nueva Gestión Pública Latinoamericana*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 317. Citado por León Álvarez, María Elena: "El control de la Administración Pública en Venezuela: la transparencia como limitante". VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 2003. Disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047336.pdf (fecha de consulta: 10 de octubre de 2014).

[2] Jinesta Lobo, Ernesto: *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*, Universidad de Costa Rica, 2003, p. 4. Disponible en: http://www.ernestojinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art.%20rev/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVAY%20DERECHO.PDF (fecha de consulta: 10 de octubre de 2014).

mación. De esta manera, un gobierno transparente adquiere mayores niveles de legitimidad ante sus ciudadanos. Estos principios fortalecen la gobernabilidad en sus tres ejes fundamentales: eficiencia, participación y legitimidad.

La transparencia y el acceso a la información se convierten en asuntos intrínsecos a la democracia ante la existencia del Estado representativo, pues cuando las vías para el ejercicio del poder no son solamente directas, sino también por medio de representantes, entonces se hace necesaria la existencia de vías e instrumentos para controlar y fiscalizar la actuación de los mismos, y esto es más viable cuando dicho actuar es público, visible.

Según Jinesta Lobo,[3] en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho la transparencia administrativa es una obligación de toda la Administración Pública correlativa al derecho de los administrados a ser informados por las Administraciones de forma veraz y objetiva. El principio de transparencia hace referencia a la obligación de las Administraciones Públicas de abrir canales permanentes y fluidos de información y comunicación con los administrados y al derecho correlativo de estos de saber, conocer, entender y fiscalizar los pormenores de la organización y función administrativas. Este principio demanda un replanteamiento de las relaciones entre las Administraciones Públicas y los administrados, sustituyendo los principios de autoridad, jerarquía, supremacía y subordinación, por el de negociación o concertación, de tal modo que los segundos sean vistos como socios, clientes o consumidores de las primeras, reivindicándose el principio de la supremacía del individuo o la persona como eje rector del Derecho Administrativo.

Este propio autor reconoce que la transparencia administrativa es un instrumento para la realización efectiva de otros principios, derechos y valores constitucionales, al permitir la existencia y fortalecimiento del sistema democrático, la diversificación de los controles de la función administrativa, la participación política y administrativa directa, real y efectiva en el manejo de los asuntos públicos; también evita la arbitrariedad y el abuso de poder, favorece la seguridad jurídica, la eficacia de la función administrativa, los derechos a comunicar y recibir libremente información veraz y objetiva, y la formación de una opinión pública madura y crítica; además evita la inercia, la irresponsabilidad y la amoralidad administrativa.[4]

Según Lorenzo Cotino[5] varios autores coinciden en que la transparencia incluye:

- Acceso público a documentos e información de los poderes públicos,
- Que no se tomen decisiones a puerta cerrada,

---

[3] Ídem, p. 3.

[4] Ibídem.

[5] Cotino Hueso, Lorenzo: *Teoría y realidad de la transparencia en Europa*, 2003, p. 18. Disponible en http://www.cotino.net/web/cotino_org/publicaciones/DEFINITIVO.PDF (fecha de consulta: 15 de octubre de 2014).

- Publicidad de normas, directivas, circulares, interpretaciones, etcétera,
- Publicidad de órdenes del día y de las actas de los órganos colegiados y de cualquier órgano decisorio,
- Política de información activa, deber de la Administración de dar activamente información sobre su política y acciones, funcionamiento, etcétera,
- Participación en general en el proceso de adopción de decisiones, en el procedimiento, etcétera,
- Condiciones o características de las normas y actos de los poderes públicos: presentación accesible, redacción simple, calidad de la legislación, coherencia, etcétera,
- Motivación del procedimiento y de las resoluciones, o sea, derecho de conocer las razones de la decisión,
- La identificación nominativa de los dependientes en contacto con el público, etcétera.

Existe consenso en que el principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública están limitados por razones que deben estar definidas expresamente en la Ley, y que el secreto administrativo solo se justifica en circunstancias excepcionales relativas a la tutela de intereses y bienes constitucionalmente relevantes, como por ejemplo la seguridad nacional, las relaciones internacionales, los derechos de las personas, la investigación criminal, etcétera. Las limitantes aparecen reguladas, aunque con diverso alcance, en numerosos textos constitucionales de Latinoamérica.[6] En algunos países se exige una Ley de *quórum* calificado para establecer la reserva o secreto de actos administrativos.

En una primera exploración del Derecho comparado puede observarse que desde el año 2000 ha habido un auge mundial en el reconocimiento jurídico de la transparencia y el derecho de acceso a la información en numerosas constituciones y leyes de desarrollo. Existen hoy más de noventa países que cuentan con este tipo de regulación. Según Canavaggio, en Latinoamérica hasta el año 2011 había alrededor de una decena de países que habían aprobado Leyes de Acceso a la Información: Panamá, Perú, México (2002); República Dominicana,

[6] Ver al respecto: León Álvarez, María Elena: *El control de la administración Pública en Venezuela: la transparencia como limitante*, p. 4. Disponible en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047336.pdf (fecha de consulta: 10 de octubre de 2014).

Ecuador (2004); Honduras (2006); Nicaragua (2007); Guatemala, Uruguay, Chile (2008); El Salvador (2011).[7] Más recientemente Colombia (2014).[8]

Un acercamiento a la legislación de algunos de estos países nos permite observar que, por ejemplo en México, además de la "Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información" de 2002, modificada en 2014,[9] existen Leyes de este tipo en los distintos Estados mexicanos.[10] A la Constitución Política de la República de México, en 1977 se le añadió en el artículo 6to.: "que el derecho a la información será garantizado por el Estado". En la reforma constitucional de 2007 se adicionaron nuevos elementos referidos a la transparencia y el acceso a la información.[11]

---

[7] Canavaggio, Perrine: *El acceso a la información pública en el mundo. Un Derecho Humano emergente*, 7mo. Seminario Internacional de Archivos de Tradición Ibérica, Río de Janeiro, 2011. Disponible en: http://www.ala-archivos.org/wp-content/uploads/2012/05/7-SIATI-Perrine-Canavaggio.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2014).

[8] Ver: Ley No. 1712. Disponible en: http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201712%20DEL%2006%20DE%20MARZO%20DE%202014.pdf (fecha de consulta: 1ro. de enero de 2015).

[9] Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002. Última reforma publicada DOF 14-7-2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244_140714.pdf (fecha de consulta: 1ro. de enero de 2015).

[10] Un estudio comparativo de las diferentes Leyes de Transparencia y Acceso a la Información de los diferentes Estados mexicanos puede encontrarse en: Gamboa Montejano, Claudia; Ayala Cordero, Arturo; Gutiérrez Sánchez, Miriam: *Transparencia y acceso a la información. Estudio de antecedentes, marco jurídico actual, Derecho comparado de diversos países y de los Estados Federativos, y de las iniciativas presentadas en el tema*, Centro de Documentación, Información y Análisis, México, 2007. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-03-07.pdf (fecha de consulta: 1ro. de enero de 2015).

[11] Martínez Díaz, María Esther: "Transparencia gubernamental y Rendición de cuentas en México: un estudio sobre su aplicación a nivel local, 2000-2011", Tesis presentada en opción al grado científico de Dr. en Ciencias Políticas, Universidad de La Habana, Cuba, 2012. Anexo 1: Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:
I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.
II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

Ernesto Villanueva[12] al referirse a la Ley Federal mexicana destaca entre sus ventajas que: promueve el principio de seguridad jurídica y de legitimidad democrática del Estado de Derecho al dar a conocer las reglas del juego y ajustar conductas a pautas razonables y previsibles; permite ejercer el escrutinio activo de los gobernados sobre las actividades de los servidores públicos; permite incrementar la calidad del ejercicio de las libertades de expresión e información, reducir el rumor y alentar las noticias confirmadas; permite reducir la discrecionalidad oficial ofreciendo a cambio un sistema riguroso de rendición pública de cuentas; permite democratizar los espacios de la vida pública y eliminar el sistema de información privilegiada.

Según el Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), organismo autónomo creado en México para instrumentar la Ley, el concepto de transparencia que contiene la Ley se refiere al flujo de información social, política y económica de manera puntual y confiable. Es "abrir la información de las organizaciones políticas y burocráticas al escrutinio público mediante sistemas de clasificación y difusión que reducen los costos de acceso a la información del gobierno. La transparencia no implica un acto de rendir cuentas a un destinatario específico, sino la práctica de colocar la información en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso de que haya anomalías en su interior".[13]

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.

[12] Villanueva, Ernesto: "El derecho de acceso a la información. Reflexiones sobre el caso de México", en *El derecho de acceso a la información. Visiones desde México y la experiencia comparada*, Universidad Iberoamericana, México, 2001. Citado en: "La transparencia: elemento básico de un régimen democrático", p. 7. Disponible en: http://www.fusda.org/REVISTA%208%20-3TRANSPARENCIA.pdf (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014).

[13] Ver: IFAI: *Marco teórico metodológico de la cultura de la transparencia*, México, 2003. Citado en: "La transparencia: elemento básico de un régimen democrático", p.

En Chile la Ley de Transparencia de la Gestión Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado (Ley 20 285) se aprobó en el año 2008 durante el primer mandato de la Presidenta Michelle Bachelet. Ya desde la reforma constitucional de 2005 se había concedido rango constitucional al principio de publicidad de todos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, y se prohibió la declaración de reserva o secreto por vía reglamentaria; solo una Ley de *quórum* calificado podría establecer la reserva o secreto. Según Julia Poblete,[14] uno de los aspectos más positivos de esta Ley es que no se exige expresión de interés, causa, motivo o fundamento por parte de las personas para requerir la información.

En Brasil se produjo un mayor interés por el tema de la transparencia desde mediados de los 80, asociado a la apertura del gobierno que tuvo lugar posterior a la reforma de la Constitución Federal en 1988 y a la ampliación de los canales de participación de los ciudadanos en los procesos decisorios de políticas públicas,[15] aunque es a partir del 2000 que se han tomado medidas de transparencia pública, entre las que sobresale la creación del Portal de Transparencia del Gobierno Federal en 2004, sitio de Internet que reúne información pública variada sobre el uso de los recursos públicos federales, recaudación fiscal, ejecución de los gastos, transferencia de recursos a los municipios, etcétera. Llama la atención el papel protagónico que vienen desempeñando las tecnologías de la información y las comunicaciones en el desarrollo de las políticas de transparencia gubernamental y los pasos que se vienen dando en no pocos países hacia el gobierno electrónico.

También países como Venezuela, Bolivia y Ecuador que apuestan por modelos sociales alternativos al capitalismo vienen prestando especial atención al tema de la transparencia gubernamental. En Venezuela la rendición de cuentas y la transparencia son reconocidas como principios administrativos de carácter general en el texto constitucional de 1999. En su artículo 28 establece que: "toda persona tiene derecho a acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupo de personas". En su artículo 143 establece que: "los ciudadanos tienen derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente intere-

2. Disponible en: http://www.fusda.org/REVISTA%208%20-3TRANSPARENCIA.pdf (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014).

[14] Ver: Poblete Vinaixa, Julia: *Ley de transparencia y acceso a la información pública*, Santiago de Chile, noviembre de 2009. Disponible en: http://www.bibliotecarios.cl/descargas/2009/10/poblete.pdf (fecha de consulta: 10 de octubre de 2014).

[15] Ver: Moreira Correa, Izabela y Claussen Spineli, Mario Vinicius: *Políticas de transparencia en la Administración Pública brasileña*, pp. 2-8. Disponible en: http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/051-octubre-2011/correa.pdf (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2014).

sados, asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto.[16]

En Ecuador[17] la Constitución de 2008[18] regula en su Sección tercera, dentro de los derechos de Comunicación e Información, que: "Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: (…) acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información". (Artículo 18). En el Capítulo tercero sobre Garantías Jurisdiccionales se regula en el artículo 91 la acción de acceso a la información pública, que tendrá por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna.

Por su parte la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública del año 2004 y la Ley Orgánica de Participación Ciudadana de 2010 desarrollan ampliamente el principio de transparencia gubernamental. Esta última[19] señala entre sus objetivos: garantizar el acceso de la ciudadanía a la información necesaria para encaminar procesos dirigidos a la exigibilidad de los derechos y deberes, el control social y la rendición de cuentas en la gestión de lo público y lo privado cuando se manejen fondos públicos. En su artículo 4 reconoce como principio para el ejercicio del derecho de participación ciudadana el de información y transparencia, que define como: el derecho al libre acceso de la ciudadanía a la información pública en el marco de los principios de responsabilidad y ética pública establecidos en la Constitución y en las Leyes, sin censura previa.

Otros artículos de esta Ley sobre el tema son los establecidos en el capítulo tercero "Del libre acceso a la Información Pública"; concretamente el artículo 96 establece que: "El Estado garantiza el derecho que tienen los ciudadanos (as)

---

[16] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, jueves 19 de febrero de 2009. No. 5.908 Extraordinario. Disponible en: http://www.udo.edu.ve/contraloria/images/documentos/constitucion1.pdf (fecha de consulta: 16 de enero de 2015).

[17] Un análisis de los mecanismos de democracia participativa en la legislación ecuatoriana puede verse en: *Mecanismos de Democracia Participativa y Participación Ciudadana en la legislación ecuatoriana.* Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mec.pdf (fecha de consulta: 17 de octubre de 2012).

[18] Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador, 2008.

[19] Ver: Ley Orgánica de Participación ciudadana. Registro Oficial suplemento 175 de 20-abril-2010. Última modificación 11-mayo-2011. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org6.pdf (fecha de consulta: 16 de enero de 2015).

de acceso libremente a la información pública, de conformidad con la constitución y la ley. Este derecho constituye un instrumento fundamental para ejercer la participación ciudadana, la rendición de cuentas y el control social". El artículo 97 establece como principio general que: "La información pública pertenece a la ciudadanía. Quienes la manejan son sus administradores y depositarios, y están obligados a garantizar su acceso, de manera gratuita (…)". En el artículo 98 declara que: "Los actos de la Administración Pública están sujetos a los principios de transparencia y publicidad. Los servidores públicos son responsables de sus acciones y omisiones durante el ejercicio de sus funciones (…)". En el artículo 100 se regula la obligación de facilitar el acceso a la información: "Todas las entidades que conforman el sector público o las entidades privadas que manejen fondos del Estado, realicen funciones públicas o manejen asuntos de interés público están obligadas a promover y facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información".

En esta regulación se aprecia un aspecto significativo y es que la transparencia y la garantía del derecho de acceso a la información pública no solo se pueden ejercer respecto a la información del sector público, sino también a la del sector privado que de una manera u otra maneja asuntos de interés público. Otra cuestión de avanzada en la Ley de Participación ecuatoriana es lo contenido en su artículo 101 sobre democracia electrónica, donde establece, entre otras cuestiones, que: "Las autoridades públicas de todas las funciones del Estado mantendrán un espacio dedicado en el Portal institucional para poder informar, dialogar e interactuar con la comunidad".

Una aproximación al tema en Cuba

Cualquier análisis sobre el tema de la transparencia gubernamental y el derecho de acceso a la información pública en Cuba llevaría un estudio de mucha mayor profundidad que el realizado para escribir lo que aquí se expone. El asunto tendría que ser analizado desde su condicionamiento no solo jurídico, sino sobre todo político, por las circunstancias particulares en que se ha tenido que desarrollar el proyecto socialista cubano. La necesidad de defensa contra la agresión imperialista en todas las esferas (política, económica, cultural, etcétera) ha marcado en gran medida la percepción gubernamental de lo que debe ser considerado "secreto estatal", extendiéndose quizá a cuestiones que en condiciones normales no serían catalogadas como tal. En ocasiones, bajo la justificación de defensa frente al enemigo, se han desarrollado prácticas en el ejercicio de la función administrativa y pública en general, contrarias a los principios de transparencia, publicidad y acceso ciudadano a la información.

Este ha sido un tema de muy escaso tratamiento desde el punto de vista teórico y jurídico. Ello se evidencia en que la Constitución socialista de 1976 no contiene un reconocimiento expreso del derecho de acceso a la información ni a

la transparencia y la publicidad como principios de la Administración Pública, cuestiones que tampoco fueron añadidas en la última reforma de 2002. La legislación municipal –concretamente los Reglamentos de las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular que datan de la década del 90– tampoco contiene regulaciones al respecto. Por ejemplo, el Reglamento de las AMPP no prevé la publicidad del orden del día, ni de los documentos que serán objeto de discusión y debate en las sesiones de este órgano. En cuanto al acceso a las actas de las sesiones, está muy limitado pues se establece que "podrán ser mostradas a los ciudadanos cubanos con derecho electoral que así lo soliciten y demuestren fehacientemente razones fundadas para ello" (art. 50 del Reglamento).[20] La publicación de los Acuerdos de la asamblea no es reconocida con carácter obligatorio, pues el Reglamento solo establece que el Presidente de la Asamblea municipal "dispone la publicación de los acuerdos de interés general adoptados por la Asamblea, en los órganos de divulgación locales o en otros materiales impresos (…)" (art. 51 del Reglamento).[21]

Sin embargo, en los foros internacionales Cuba ha sostenido un reconocimiento de la relevancia de estos principios para un régimen democrático[22] y

[20] Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular, aprobado por Acuerdo del Consejo de Estado, de 13 de septiembre de 1995.

[21] Ibídem.

[22] En el año 1999 se celebró en Cuba la II Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en cuya Declaración final se estableció que: "Una gestión transparente implica la obligación de dar a conocer a la sociedad, para su escrutinio, toda la información relacionada con actos de autoridad y administración de recursos, así como los datos relativos a la conducta, el desempeño y los criterios bajo los cuales los servidores públicos adoptan decisiones (…). La información, en sí misma, es uno de los más importantes bienes que la Administración Pública puede ofrecer a los ciudadanos. Condición básica para ello es la existencia de garantías legales al acceso a los documentos administrativos, así como la debida publicidad de las políticas y programas que desarrolla el Estado y sus resultados (…). Entre los desafíos que imponen las nuevas tecnologías, un lugar destacado corresponde a la modernización del Derecho Constitucional y Administrativo y a la capacitación del personal público ante la aparición del documento electrónico y la firma electrónica, entre otras tecnologías (…). También corresponde a los Estados adoptar todas las previsiones necesarias ~~incluidas las jurídicas~~ para preservar la privacidad de los ciudadanos y la seguridad de las instituciones. En especial, el derecho a la intimidad del ciudadano adquiere relevancia en virtud de los bancos de datos que sobre las personas tienen no solo las Administraciones Públicas, sino también empresas ajenas al Estado. En otro sentido, y con las excepciones debidas, también es indispensable asegurar el derecho de todo habitante a conocer la información que sobre él se posea y el derecho a solicitar la rectificación de datos erróneos". Ver: Declaración de La Habana (La Habana, Cuba, 24 y 25 de junio de 1999). Disponible en: http://old.clad.org/documentos/declaraciones/declaracion-de-la-habana#2 (fecha de consulta: 1ro. de enero de 2015).

ha habido una preocupación –declarada en ocasiones por la máxima dirección del país– por el exceso de secretismo en el actuar de algunos funcionarios e instancias de gobierno y por el fenómeno de la corrupción política y administrativa. Respecto a este asunto Raúl Castro, en su condición de Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, al referirse a la actualización del modelo económico cubano planteó: "(…) es preciso poner sobre la mesa toda la información y los argumentos que fundamentan cada decisión y de paso, suprimir el exceso de secretismo a que nos habituamos durante más de cincuenta años de cerco enemigo. Siempre un Estado tendrá que mantener en lógico secreto algunos asuntos, eso es algo que nadie discute, pero no las cuestiones que definen el curso político y económico de la nación".[23]

Evidentemente, en cualquier país, por razón de Estado existen limitaciones a la publicidad y el acceso a determinada información, por tanto no se trata de que toda información deba ser totalmente pública, sino aquella cuya no difusión es considerada como un "exceso de secretismo", que lleva al ocultamiento y a la censura y que limita el involucramiento del pueblo en el control y la fiscalización de procesos que legítimamente le concierneny le impiden aportar en tales procesos. De ahí la necesidad de establecer en normas jurídicas de máximo rango, la transparencia y el acceso a la información pública como principios de la Administración, y la declaración de los documentos de contenido confidencial o secreto.

Este asunto es de mucha importancia en momentos en que aparecen agentes muy diversos en la gestión pública (estatales, cooperativos, privados) sobre los que debe extenderse el control popular; la transparencia de la gestión pública de todos ellos resulta imprescindible para hacer eficaz este control, para minimizar la corrupción, para propiciar la participación de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones públicas; para garantizar el flujo de información horizontal, o sea, entre las propias entidades y sujetos estatales, administrativos, privados, de modo que sea más eficiente el proceso de toma de decisiones.

La transparencia y el acceso a la información no pueden verse como fines en sí mismos, sino como medios para propiciar el avance de la sociedad con el concurso de todos, y en este sentido los ciudadanos no pueden ser verdaderos "sujetos" de los cambios sociales sin contar con la información necesaria a la hora de intervenir en la toma de decisiones en asuntos concretos. La participación "en abstracto" de los individuos se convierte en "aceptación pasiva" si dicha participación no implica un involucramiento consciente e informado de los ciudadanos –en su condición de profesionales, técnicos, expertos, destinatarios de la decisión, etcétera– en el proceso de toma de decisiones relativas a

[23] Discurso pronunciado por el General de Ejército Raúl Castro Ruz, Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros en la clausura del sexto periodo Ordinario de Sesiones de la séptima legislatura de la ANPP. 18 de diciembre de 2010. Periódico *Juventud Rebelde*, domingo 19 de diciembre de 2010, p. 3.

una esfera o asunto concreto y si no se cuenta con la información necesaria para poder proponer ideas y opciones desde el debate popular informado.

Estos principios contribuirían no solo a frenar o reducir fenómenos y tendencias negativas ligadas a la corrupción, el tráfico de influencias, el abuso de poder, la arbitrariedad, el desvío de recursos y otros; sino también a estimular, promover y facilitar acciones positivas relacionadas con el involucramiento activo de la población en la gestión pública, el aprovechamiento de capacidades políticas, profesionales y culturales que se han formado en el propio proceso revolucionario y generar un clima de confianza imprescindible ante los nuevos escenarios internos y externos en los que se debe desarrollar el socialismo cubano.

Aunque ya se han venido dando algunos pasos en el orden jurídico, ello aún no es suficiente, y el tratamiento de este asunto tendrá que pasar necesariamente por la garantía constitucional de estos principios y su regulación en Leyes de desarrollo. En el año 2009, respondiendo a la necesidad de una legislación que perfeccionara la organización y funcionamiento del control y preservación de las finanzas y los bienes patrimoniales del Estado socialista cubano y le otorgara la debida jerarquización y autoridad a esta labor, así como a la necesidad de intensificar la lucha contra la corrupción, se aprobó la Ley No. 107 "De la Contraloría General de la República de Cuba". En su artículo 1.3 define: "El objetivo y misión fundamental de la Contraloría General de la República es auxiliar a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado, en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno; en razón a ello propone la política integral del Estado en materia de preservación de las finanzas públicas y el control económico-administrativo, una vez aprobada, dirigir, ejecutar y comprobar su cumplimiento, así como, dirigir metodológicamente y supervisar el sistema nacional de auditoría; ejecutar las acciones que considere necesarias con el fin de velar por la correcta y transparente administración del patrimonio público; prevenir y luchar contra la corrupción".[24]

Recientemente, el Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación (Desarrollo Local en Cuba) convocado por el CITMA en enero de 2015, señaló dentro de los objetivos específicos que deben tributar al fortalecimiento de la teoría y la práctica del desarrollo local en Cuba: "Identificar, adecuar y aplicar en la escala local, formas más efectivas para la participación ciudadana, la transparencia y el control popular como bases del sistema sociopolítico cubano". Y dentro de los resultados que se esperan se señalan: "Propuestas de vías y mecanismos para el fortalecimiento de la participación ciudadana, la transparencia y control popular en la gestión del desarrollo local"; así como "Propuestas para el diseño

[24] Ley No. 107 "De la Contraloría General de la República de Cuba." Gaceta Oficial No. 029 Extraordinaria de 14 de agosto de 2009.

de sistemas de información municipales que fortalezcan la toma de decisiones y la transparencia en la gestión pública".[25]

Conclusiones

La aprobación relativamente reciente de Leyes de transparencia y acceso a la información pública en varios países de América Latina ha sido un paso importante en la democratización de la región y obedecen a la exigencia de los pueblos de frenar la corrupción y contar con mecanismos eficaces para ejercer el control sobre la gestión pública.

De cara al perfeccionamiento de la institucionalidad en Cuba y a la actualización del modelo económico, social y político iniciado a partir del sexto Congreso del PCC, en la futura actualización del texto constitucional cubano y del ordenamiento jurídico en general se deberán tener en cuenta los principios de transparencia gubernamental y derecho ciudadano de acceso a la información pública, como parte indispensable del modelo de democracia participativa que se propugna, tomando en consideración no solo las peculiaridades que hoy condicionan y caracterizan la construcción socialista en Cuba, sino también las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano revolucionario.

[25] Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de Cuba (CITMA): *Programa de Ciencia, Tecnología e Innovación. Desarrollo Local en Cuba.* 2015.

Retos para el perfeccionamiento del diseño político-jurídico de la participación del ciudadano en Cuba. Una visión romanista

Joanna González Quevedo*

Este ensayo tiene como objetivo argumentar cómo una adecuada construcción teórica de la recepción de los principios del iusrepublicanismo romano en Cuba, puede contribuir al perfeccionamiento jurídico de la participación política del ciudadano, como esencia del diseño político-jurídico nacional. Para ello, lógicamente, se analizaron las normas jurídicas que están vigentes en materia de participación.

Sin embargo, no se pueden ignorar las pautas que trazó el Sexto Congreso del Partido Comunista de Cuba (PCC) y las políticas de actualización del modelo socialista cubano aprobadas por este, si se tiene en cuenta que uno de los retos fundamentales a enfrentar en los próximos años será la actualización del texto constitucional. En dicho proceso deberán considerarse los principios del iusrepublicanismo romano, provenientes de lo más avanzado y universal de la teoría democrática, cuyos orígenes se remontan al Derecho Público Republicano Romano.

Como consecuencia de lo anterior, se imponen varias interrogantes: ¿cuáles son las principales líneas políticas que deben guiar el perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, de acuerdo a la actualización del proyecto socialista?, ¿cómo se aprecia la presencia o no de los principios del iusrepublicanismo romano en las líneas políticas definidas a partir del Sexto Congreso, de cara a la ineludible actualización de la Constitución y otras disposiciones normativas referentes al derecho de participación?, ¿Qué deficiencias están presentes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano, que resultan incongruentes con las bases republicanas y democráticas sobre las cuales se asienta, en el diseño político-jurídico nacional?

Esta última interrogante es vital para que no fracase el proceso de cambios. No basta solo tener en cuenta los fundamentos romanistas presentes en las

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Principal de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

líneas que han de guiar el perfeccionamiento, sino que también la fundamentación, desde una visión iusrepublicana, ha de proponer modificaciones en la concepción ordenadora de la participación política, para contribuir al perfeccionamiento de la democracia en la República de Cuba.

Estas interrogantes y presupuestos guiarán la fundamentación de las principales líneas que deben conducir al perfeccionamiento democrático del diseño político-jurídico nacional, y que a continuación se analizarán:

Fortalecimiento de la institucionalidad democrática y responsabilidad de los mandatarios en el ejercicio del poder a través del control popular de su gestión

Entre las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, está el fortalecimiento de la institucionalidad. "Por esta razón, la Comisión Permanente de Implementación y Desarrollo incluirá un Subgrupo Jurídico compuesto por especialistas de alta calificación, el cual coordinará con los organismos correspondientes, en estricto apego a la institucionalidad, las modificaciones requeridas en el plano legal para acompañar la actualización del Modelo Económico y Social, simplificando y armonizando el contenido de cientos de resoluciones ministeriales, acuerdos del Gobierno, decretos-leyes y leyes y consecuentemente proponer, en su debido momento, la introducción de los ajustes pertinentes en la propia Constitución de la República".[1]

Dándose continuidad a lo anterior, la introducción a los objetivos de trabajo aprobados por la Primera Conferencia Nacional del PCC, aprobó como uno de sus objetivos la necesidad de incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones, así como fortalecer el control popular sobre los órganos competentes.[2]

---

[1] Informe Central al VI Congreso del PCC. Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea] Disponible en: http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/mayo de 2014, p. 21.

[2] Objetivo No. 46. Incentivar la participación real y efectiva de la población en la toma de decisiones y en la ejecución de proyectos que estimulen la iniciativa y rindan frutos concretos para el desarrollo local, en aras de mejorar la calidad de vida. Objetivo No. 53. Prevenir, combatir y sancionar con rigor toda manifestación de corrupción, indisciplina, hecho inmoral o ilegal. Fortalecer el control popular, el papel de los órganos competentes y el enfrentamiento de todos ante cualquier manifestación de impunidad. Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba aprobados por la Primera Conferencia Nacional, La Habana, 29 de enero de 2012, p. 6.

Para el cabal cumplimiento de las líneas anteriores se requiere que los principios que sustenten el proceso exhiban un carácter democrático y participativo. Así lo dejó sentada la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular el Sistema Electoral y la División Político-Administrativa.[3]

Evidentemente, esta proyección está afianzada sobre fundamentos republicanos romanistas, que colocan a la soberanía popular y la participación ciudadana como centro del proceso.

Siguiendo a Catalano,[4] el principio de la soberanía popular en una República democrática como fue la romana implicaba la intervención inmediata de los ciudadanos en el ejercicio del poder popular soberano a través de la institucionalidad democrática. La misma se concretaba en instituciones fundamentales: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Desde una posición eminentemente crítica en pos del perfeccionamiento de la democracia en Cuba, y sin que constituya una discordancia con la tesis que se defiende de que ciertamente en Cuba existe una República democrática fundada en principios romanistas, cabría preguntarse detenidamente: ¿todas las instituciones de participación, en el diseño político-jurídico cubano actual, pueden ser consideradas instituciones de participación inmediata de cara a la tesis del republicanismo democrático romano?, ¿qué no es republicano al estilo romano en nuestro diseño participativo y dónde debemos perfeccionar nuestras instituciones para ser coherentes con los principios del republicanismo democrático que nos legó nuestra historia constitucional?

Recuérdese que con apego al *étimo* de los términos, se advierte que lo directo presupone una acción que se encamina o dirige a determinados fines, mientras que lo inmediato implica que esa actividad produzca efectos próximos en el tiempo, sin mediaciones impeditivas de su eficacia y del carácter vinculante de lo que decida el soberano, mandante. Toda participación política por antonomasia es directa en tanto se encamina a que los ciudadanos tomen parte por sí mismos en los procesos decisorios, el carácter directo de la participación es un presupuesto de la cualidad de lo inmediato.[5]

De conformidad con los requisitos expuestos y sobre la base de la clasificación de los mecanismos de participación y de la tipología de los institutos par-

---

[3] Disponible en http://www.cubadebate.cu/especiales/2011/04/18/resolucion-sobre-el-perfeccionamiento-de-los-organos-del-poder-popular-el-sistema-electoral-y-la-division-politico-administrativa/

[4] Catalano, Pierángelo: *Derecho Romano y América Latina*, Grupo di Ricerca sulla diffusione del Diritto Romano, Sassari, 2002, p. 55.

[5] González Quevedo, Joanna: "Empoderamiento, republicanismo democrático y nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Revista *Temas*, No. 70, abril-junio de 2012, La Habana, Cuba, pp. 30 y ss.

ticipativos en Roma, podemos concluir que para hablar de una institucionalidad democrática de base romanista hay que tener en cuenta que:

Primero: El procedimiento de realización de las instituciones debe provenir "desde abajo", o sea cuando es la propia ciudadanía quien promueve el proceso participativo, o cuando activándola un magistrado o mandatario la decisión del pueblo de aceptarla o no es vinculante (dígase *ad referéndum*), *verbigratia:* discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Segundo: Aquellas cuya aceptación no está mediada por valoraciones de los órganos estatales o existe una mínima valoración, *verbigratia*: discusión pública y consulta para la aprobación-abrogación de las leyes y nominación-elección-rendición de cuentas-revocación de los mandatarios.

Tercero: Aquellas que se pueden activar tanto a nivel central de la ciudad de Roma como al interior de cada municipio.

Procédase, pues, a un estudio detallado de las instituciones de participación y véase cuáles con un origen popular exhiben efectos inmediatos y vinculantes en la concepción ordenadora de la participación política del ciudadano en Cuba.

La Constitución cubana, en su artículo 131, regula la participación política de este modo: "Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular". Sin embargo, no declara de una manera clara y precisa cuáles serán esas formas de intervenir.

Del Río Hernández apunta que "En este artículo si bien se prevé el derecho a participar en la dirección del Estado, su alcance es limitado, si tenemos en cuenta que reduce la participación a la elección de los representantes, es decir, al derecho al sufragio, sin referirse a otras relaciones jurídico políticas como el control de los representantes y la toma de decisiones públicas. El propio hecho de que se regule dentro del capítulo sobre Sistema Electoral, está reduciendo el derecho de participación a esta esfera, que como hemos dicho en otra oportunidad, es una de las relaciones jurídicas de carácter político en la que debe intervenir el ciudadano, pero no la única".[6]

Se asiste, por tanto, a una mala sistemática en el magno texto, pues de su redacción se deriva la consagración de otras formas de participación inmediata de la ciudadanía, más allá de la elección de sus representantes, las cuales no se hallan sistematizadas ni declaradas de forma unívoca en el texto constitucional. Entre ellas, se defiende la participación en elecciones periódicas y nominación

[6] Del Río Hernández, M. A.: "La participación popular en el proceso de toma de decisiones públicas en el ámbito local comunitario en Cuba. Su régimen jurídico", Tesis en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Central "Martha Abreu" de Las Villas, Santa Clara, 2002, p. 85.

de candidatos y en referendos populares, las consultas, la rendición de cuentas, la revocación y la iniciativa legislativa popular.

La Constitución reformada en 1992 y la ley Electoral promulgada a su tenor, establecen dos mecanismos distintos de nominación de candidatos para integrar la estructura estatal: a) los candidatos a delegados de circunscripción son nominados de modo directo a través de propuestas de los electores. Una vez electos integran las Asambleas Municipales del Poder Popular (en lo adelante AMPP). b) los candidatos a los niveles medio y superior (provincias y nación) son nominados de modo indirecto, por las AMPP.

Es que aquí también el ordenamiento desaprovecha las consecuencias del voto directo y se aleja de la inmediatez que debe caracterizar a la participación republicana. Los delegados a las Asambleas Provinciales y los diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP), son electos directamente por la ciudadanía y rinden cuenta ante ella. Pero serán revocados por las asambleas que los nominaron, no por los electores, lo que resulta consistente con un punto antes argumentado: son agentes de los órganos estatales superiores.

Contradicción, incluso, en cuanto la evolución legislativa del país, ya que desde el XII Período Ordinario de Sesiones de Tercera Legislatura de 29 de octubre de 1992, el presidente de la ANPP, Escalona, acotaba: "En ocasión de la aprobación de la Ley electoral 72 se prevé que en una futura Ley de Organización y funcionamiento del Poder Popular en que hablemos del proceso de revocación, tendremos que establecer las normas que fijen la revocación y la rendición de cuentas de los Diputados y Delegados a las Asambleas Nacional y Provinciales, a partir del hecho nuevo de que ya no los elige en votación una asamblea municipal sino que vota directamente la población".

La Ley No. 89 establece que pueden ser revocados, de conformidad con lo establecido: a) delegados a las Asambleas Municipales; b) delegados a las Asambleas Provinciales; c) diputados a la Asamblea Nacional; d) Presidentes y Vicepresidentes de las Asambleas Municipales; e) Presidentes y Vicepresidentes de las Asambleas Provinciales; f) Presidente, Vicepresidente y Secretario de la Asamblea Nacional; y g) miembros del Consejo de Estado (artículo. 3). Al igual que en el modelo romano la revocación podía ser propuesta tanto por un magistrado como por la propia ciudadanía.

La revocación de los cargos en Cuba procede de este modo: a) para presidentes y/o vicepresidentes de las Asamblea Municipal: el Presidente de la Asamblea Provincial (en lo adelante APPP) o un delegado a la propia Asamblea Municipal, b) para presidentes y/o vicepresidentes de la APPP o del Municipio Especial Isla de la Juventud: el Consejo de Estado o un delegado a la propia Asamblea, c) para el presidente, del vicepresidente o el Secretario de la ANPP: el Consejo de Estado o un diputado, y d) para un miembro del Consejo de Estado: el Consejo de Estado o un diputado.

Parece una contradicción que la ley no establezca expresamente el derecho de revocación sobre los cargos de presidente y vicepresidentes del Consejo de

Estado, electos por la ANPP, cuando la Constitución regula que "los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento" (artículo 68 c).

Ciertamente, podría considerarse que queda incluida la posibilidad de su revocación en cuanto "miembros del Consejo de Estado". Pero el diseño institucional considera como "presidente de la República" al presidente de los Consejos de Estado y de Ministros y es práctica usual establecer expresamente el derecho de revocación sobre la primera magistratura del país.

De lo anteriormente expuesto se colige que la propia ciudadanía debe estar facultada para promover procesos de revocación contra todos los cargos de elección popular en las diferentes estructuras del nivel estatal. En una futura reforma constitucional, la revocación debe quedar abierta con un carácter inmediato, sin excepción, a todos los cargos públicos electos, pudiendo ser propuesta por un porciento de ciudadanos, siendo consecuentes con las bases republicanas del diseño y eliminar lo que parece un defecto de la regulación. Se trataría de ser coherente con la regulación legal del propio diseño.

Las asambleas de rendición de cuentas también deberían constituir espacios para pronunciar demandas de impacto nacional y para participar de la formulación de líneas programáticas sobre el Gobierno de la nación. Así sean, por ejemplo, las decisiones sobre los programas de gobierno local, provincial y nacional, los cuales no resultan definidos a través del proceso electoral.

Para Guzmán Hernández,[7] la rendición de cuentas es un derecho ciudadano y un deber de los representantes del poder político. En este último caso, encuentra fundamento en el principio de responsabilidad que debe informar a los gobernantes producto de su acción política. La lógica jurídico-democrática indica que a partir de este principio, cada órgano rendirá cuenta en dependencia de la línea de legitimidad (directa o derivada) que los una al pueblo.

La rendición de cuentas es la institución de participación inmediata mediante la cual los miembros de los órganos democrático-representativos, públicamente, dan a conocer al electorado de su gestión política a fin de que este los evalúe y pueda, a través de otras instituciones, direccionar el mandato representativo y actualizar el interés público. Lo anterior se hará sin perder de vista los límites lógicos.

Las asambleas de rendición de cuentas deben funcionar como una potencial asamblea de ciudadanos al estilo de los comicios romanos, en los cuales se nominaban, elegían y revocaban a los mandatarios y se aprobaban las normas del ámbito municipal. Si se circunscribe la rendición de cuentas como un mero "dar

[7] Guzmán Hernández, T. Yan: "Representación en política, instituciones de democracia directa y revocatoria de mandato en Venezuela – Una manera de interpretar el modelo normativo-constitucional venezolano de participación política", Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2008.

a conocer" la gestión política de los representantes –sin más efectos que los que se puedan derivar de esto–, sería reñido inscribirla en el marco del tipo de instituciones que se están analizando. Pero si se concibe en su naturaleza dinámica, a partir de la definición anterior, podría defenderse su calidad de institución republicana inmediata.

La rendición de cuentas sería un momento importante en la lógica sistémica de la participación inmediata, al permitir el control directo del accionar político de los representantes por los representados. Además, contribuiría a que el participante, a partir de que conozca la gestión de los representantes, logre practicar el resto de las instituciones mencionadas con criterios de oportunidad, efectividad y racionalidad.

Si se analiza el referendo vemos que de acuerdo al *Diccionario de Derecho Romano*[8] el término proviene de la expresión latina *ad referéndum*, que hace alusión a la práctica de referir determinadas cuestiones gubernamentales al pueblo. El vocablo *referéndum* procede del verbo *refero* (*fero*-"llevar"; *re*-"de nuevo") que significa volver a llevar, en este caso al pueblo, la soberanía que legítimamente posee. Los ciudadanos son los soberanos y su voluntad política se patentiza por medio de mandatarios políticos, pero determinados temas han de someterse directamente al pronunciamiento popular, a *referéndum*: deben volver al único depositario de la soberanía.

Tal cual se ha podido apreciar, en el Derecho Romano todas las decisiones políticas se sometían a consultas populares. Y el *populus* romano, reunido en comicios, decidía *ad referéndum* las normas que se sometieran a su consideración por parte de los magistrados, para quienes sería vinculante lo que decidiera el *populus*.

De ahí nace la idea de que toda consulta popular debe realizarse bajo la forma de un referendo.

Mediante el referendo, a iniciativa de un órgano democrático representativo o de la propia ciudadanía, se somete al cuerpo electoral a la aprobación o el rechazo de decisiones políticas. Carl Schmitt, en su obra *Teoría de la Constitución*[9] precisa que no todos los casos de votación popular (iniciativa popular, plebiscito, etcétera) deben ser considerados como *referéndum*, sino que debe reservarse para el supuesto en que un acuerdo de la representación popular sea sometido a consulta de los ciudadanos.[10]

---

[8] *Vid.* Vázquez, Humberto: *Diccionario de Derecho Romano, palabras, locuciones y aforismos latinos*, Editorial Zavalia S.A, Buenos Aires, 1998, p. 70. Asimismo *Vid.* Girón González, Claudia M.: "Tendencias normativas del referendo en cinco países latinoamericanos y retos normativos de su regulación en Cuba", Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2014, p. 10.

[9] Schmitt, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1992, p. 302.

[10] El referendo ha sido una institución con una preeminencia mayoritaria dentro de los modelos constitucionales. La Constitución de Weimar estableció un pentacatálogo de procedimientos refrendatarios. El referendo constitucional cuando

Con apego al criterio de Daniel Zovatto[11] que desarrolla a partir de los criterios de Santamaría Pastor y Biscaretti Di Ruffia, se considera a la consulta popular como el género, o sea, como megaconcepto que engloba al *referéndum* tal cual sucedía en el modelo iuspublicístico romano. Como plantean estos autores, el *referéndum* implica la participación del pueblo en el proceso legislativo, a través de la consulta directa.

De la lectura del artículo 166[12] de la Ley Electoral de 1992, pudiera aducirse que el ordenamiento jurídico cubano es conteste con la doctrina a la que asimila al referendo como especie de consulta popular. Sin embargo, de la interpretación del texto de la Carta Magna[13] y del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996,[14] es deducible la *ratio legis* de reconocer al referendo y a la consulta popular como instituciones diferentes. Por ello, el empleo del término "consulta", previsto en el artículo 166 de la Ley Electoral de 1992, se

---

tiene por objeto la aprobación de un texto constitucional, el legislativo para la aprobación de las leyes, el de arbitraje cuando con motivo de la aprobación de una reforma constitucional o de una ley surgen discrepancias entre los órganos del Estado y por lo tanto debe remitirse al pueblo la aprobación o el rechazo de la propuesta, por su parte el revocatorio se estableció para la revocación del presidente y el local para las materias cuyo ámbito de competencia se reduce a dicho nivel estatal. *Cfr*: Aguiar de Luque: *Democracia directa y Estado constitucional*, Ed. Edersa, Madrid, 1977, pp. 94-95. Paradigmática ha resultado la positivación constitucional y legal del referendo en el modelo helvético, el cual desde la Constitución de la Confederación suiza de 1878 concede a los ciudadanos la facultad de poner en marcha la aprobación popular de cualquier decisión legislativa, y cuyo resultado encierra un efecto obligatorio para las cámaras legislativas las cuales no se pueden sustraer de la voluntad popular. Para Duguit el referendo aprobatorio suizo por sus efectos, puede equipararse al derecho de veto existente en algunas constituciones de los Estados Unidos. Al respecto, véase, Duguit, León: Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ra. ed., Ancienne Librairie Fontemoin Cie., Paris, 1921.

[11] Zovatto, Daniel: "La práctica general de las instituciones de democracia directa en América latina. Un balance comparado: 1978-2000", en Concha Cantú, Hugo A.,: "Sistema representativo y democracia semidirecta" Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México, 2002, p. 4.

[12] "Para llevar a efecto el referendo se emplean boletas en las que se expresa clara y concretamente, la cuestión que se consulta al cuerpo electoral (…)".

[13] Artículo 75 de la constitución de 1976: "Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: b) aprobar, modificar o derogar las leyes y someterlas previamente a la consulta popular cuando lo estime procedente en atención a la índole de la legislación de que se trate; (…). u) disponer la convocatoria de referendos en los casos previstos en la Constitución y en otros que la propia Asamblea considere procedente (…)". (El resaltado es de la autora.)

[14] Artículos 4b) y x), 5 l), 68a) y 72 del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996 publicado en Gaceta Oficial No. 48 Ordinaria de 27 de diciembre de 1996.

hace en su acepción puramente semántica, ya que en el referendo se busca el pronunciamiento popular a través de una consulta a la ciudadanía.

En el ordenamiento jurídico cubano no existe una clara delimitación entre la consulta popular y el referendo como mecanismos de participación popular. Puede considerarse que la diferencia radica en el carácter vinculante y en la capacidad de autogobierno de la ciudadanía por medio de su intervención activa en la esfera pública. La decisión adoptada vía *referéndum* es obligatoria. Su puesta en práctica equipara la influencia del pueblo a la de los órganos representativos en la fase de toma de decisiones.

Por su parte, lo decidido en consulta popular –según el tenor literal del artículo 75 (b) del texto constitucional– es únicamente para ver el estado de opinión de los ciudadanos. Lo planteado por el pueblo no tiene fuerza vinculante, es una sugerencia que puede o no influir en la toma de decisión.

Aunque hasta el momento estas no están previstas en normas jurídicas, han sido utilizadas con frecuencia como paso previo a la promulgación de diversas leyes o a la adopción de determinadas decisiones de carácter nacional, (recuérdese las diversas formas de consulta popular y audiencias públicas a través de los parlamentos obreros, debates en las universidades, etcétera, realizados en los años noventa para la discusión de proyectos legislativos y otros asuntos de interés general, así como la vasta experiencia de consulta directa a las masas en concentraciones populares y a través de los Comités de Defensa de la Revolución en la década del sesenta). El reconocimiento jurídico de estos mecanismos participativos implicaría otorgar legitimidad y fundamento legal a formas democráticas de participación que de hecho se practican y que cuentan con un fuerte respaldo político, pero un escaso respaldo legal, y que son obviamente de inspiración romanista.

Por tanto, se debe definir constitucionalmente el carácter vinculante o no de la consulta. Si bien la consulta popular es promovida desde el propio aparato de poder –tal como ocurría en el Derecho Público Republicano Romano–, lo que la diferencia de aquel es que no queda claro el carácter vinculante de la consulta, desaprovechándose así una importante vía de intervención inmediata de la ciudadanía en el proceso de formación de la ley. Incluso emitiendo sus opiniones desde el nivel municipal de ejercicio del poder.

Ahora bien, ciñéndose a lo que es el referendo hoy en Cuba, se debe tener presente que la Asamblea Nacional del Poder Popular puede reformar la Constitución cubana, total o parcialmente, mediante acuerdo adoptado por no menos de dos terceras partes del número total de sus integrantes. Si la reforma es total o se refiere a la integración y facultades de la ANPP o de su Consejo de Estado, o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por referendo popular (artículo 137).

Si los referendos solo pueden ser convocados por la ANPP, estos abarcarán materias de índole nacional, lo cual no potencia su posibilidad de constituirse en mecanismos de democracia inmediata en los ámbitos de provincias, municipios,

consejos populares y circunscripciones, para la toma ciudadana de decisiones a tal escala. Es este entonces otro punto de inflexión en el cual nos alejamos del modelo iusromanista.

De igual manera, la propia ciudadanía debiese detentar la facultad de proponer la realización de un referendo a nivel nacional. Según la regulación de esa garantía, la ANPP es el único sujeto legitimado para activar el referendo, lo cual reporta un problema: la Constitución transfiere la soberanía desde el pueblo hacia la Asamblea, en cuanto *representante* del primero. Se considera a la Asamblea como el constituyente (1992 artículo 3), cuando debe serlo la ciudadanía. De esta manera, la Constitución no se entiende como un mandato vinculante del soberano hacia los poderes públicos que solo puede modificar el mandante, el pueblo. Por tanto, se colige que la voluntad constituyente, expresada mediante el mecanismo del referendo, solo puede ser recuperada por la comunidad ciudadana nacional cuando se estime como necesario por la ANPP, puesto que resulta además el único sujeto legitimado para activarlo.

La transferencia de soberanía puede evitarse con la legitimación de otros sujetos —por ejemplo, un número cualificado de ciudadanos— capaces de activar el referendo constitucional; con la elevación de los requisitos que debe cumplir la ANPP para reformar por sí misma la Constitución; con el establecimiento como obligatorios de la consulta previa y/o de la ratificación por referendo de actos normativos que afecten sentidos y significados cuya necesidad de protección se desprenda del texto constitucional.

Respecto a la iniciativa legislativa popular podemos afirmar categóricamente que no nació en el Derecho Romano, sino es de creación francesa, siendo uno de los aportes del sistema romano-francés al Derecho Público. Se trata de una modalidad prevista en el artículo 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789, así como en la Constitución helvética de 1876 y en la Constitución alemana de Weimar. Por medio de la misma, un determinado número de ciudadanos puede poner en marcha el procedimiento de creación legislativa o modificación constitucional mediante la presentación del consiguiente proyecto normativo, ya sea expresando los principios básicos del mismo (iniciativa simple) o mediante un texto redactado en artículos (iniciativa formulada).

Según Guzmán Hernández el procedimiento para la iniciativa popular que se regula en la Constitución de la Confederación Suiza (de 1999, reformada en el 2003), contiene determinados extremos a tener en cuenta para democratizar el instituto de participación directa, y para la iniciativa en sentido general. Los ciudadanos suizos tienen iniciativa para reformar totalmente la Constitución (cantonal), revisar la Constitución Federal y adoptar, modificar o abrogar disposiciones constitucionales y legislativas.[15]

[15] Las cuestiones más plausibles del procedimiento de esta institución, tal como se ha comentado a tenor de su regulación en la Constitución de la Confederación

Válido resulta destacar que toda iniciativa popular desemboca en un *referéndum*, configurándose lo que Schmitt calificó como procedimiento de legislación popular en sentido propio, única forma de que la iniciativa popular tenga virtualidad.[16]

Para convertir la iniciativa legislativa popular en instrumento de participación directa es preciso estimular su uso a través de un marco político que la promueva y con la simplificación de los requisitos que le son necesarios.

La iniciativa legislativa califica como mecanismo directo de poder desde la ciudadanía si es promovida por las OSM y por los propios ciudadanos. Para llevar esta última a vías de hecho es requisito indispensable su ejercicio por no menos de diez mil electores (artículo 88). El Reglamento de la ANPP establece los requisitos para el ejercicio de este derecho.

Debe aportarse una fundamentación que exprese las relaciones que son objeto de regulación jurídica, sus objetivos y los presupuestos económicos, políticos y sociales que aconsejan 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 y las condiciones y mecanismos necesarios que garanticen la aplicabilidad, la efectividad, el cumplimiento y el control de la disposición jurídica cuyo proyecto se presenta.

Si se trata de una propuesta de diez mil ciudadanos, además de la fundamentación antes descrita, deben aportar declaración jurada ante notario, donde se acredite la identidad personal mediante los datos del carné de identidad, así como de la capacidad para ejercer el sufragio (Reglamento de la ANPP). Para

---

Suiza son: primero, el bajo porciento que se exige para llevar a cabo la solicitud de una iniciativa; segundo, la institución es válida para los principales actos normativos (Constitución y disposiciones legislativas) y en todo sentido: proposición, modificación y abrogación (esto último técnicamente no es posible para las constituciones); tercero ~~ta~~l vez lo que más habría que resaltar~~,~~ la actitud del órgano representativo frente a la solicitud, este podrá en algunos casos proponer un contraproyecto, ampliando y confiando a la ciudadanía su nivel de valoración política, y en el supuesto de que la iniciativa popular recaiga sobre una disposición legislativa, el órgano representativo, de no acoger la iniciativa, la someterá a votación, traspasando así la decisión final a la ciudadanía, con ello se demuestra el respeto al principio de soberanía popular y una concepción popular de la política. *Cfr*: Guzmán Hernández, T. Yan: ob.cit, p. 118.

[16] Schmitt, citado por Aguiar de Luque, Luis: ob. cit., p. 94.

convertir la iniciativa legislativa popular en instrumento de participación directa es preciso estimular su uso a través de un marco político que la promueva y con la simplificación de los requisitos que le son necesarios.

De todo lo anteriormente expuesto podemos colegir que el mayor aporte del iusrepublicanismo romano al diseño político-jurídico cubano en materia de institucionalidad democrática, se encuentra en el proceso de nominación-elección-rendición de cuentas y revocación en el nivel municipal del ejercicio del poder.

Carácter renovable de los cargos de elección popular

Otra de las principales líneas políticas que trazó el Informe Central al VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el marco del perfeccionamiento, es la renovabilidad de los cargos de elección popular.[17] Así consagra el Informe que el reforzamiento sistemático de la institucionalidad será a la vez condición y garantía imprescindible para que esta política de renovación de los cuadros jamás ponga en riesgo la continuidad del socialismo en Cuba. Siguiendo esta misma lógica, se proyecta el objetivo de trabajo número 76 aprobado por la Primera Conferencia Nacional del PCC, limitándose a un máximo de dos períodos consecutivos de cinco años, el desempeño de los cargos políticos y estatales fundamentales.

Es este el único principio del iusrepublicanismo romano que hasta la actualidad no se había reconocido en el diseño cubano. De consagrarse en una futura reforma, haría de la Constitución cubana un texto de completas bases romanistas en la concepción ordenadora de la participación y del ejercicio del poder.

Recuérdese que en el modelo iuspublicístico romano, el carácter renovable de los cargos de elección popular se erigía en un principio democrático de la *Respublica*. Hace que todos los ciudadanos puedan participar en la gestión de los asuntos públicos, pero admitir que una magistratura fuese ocupada sin límite de

[17] "El reforzamiento sistemático de nuestra institucionalidad, será a la vez condición y garantía imprescindible para que esta política de renovación de los cuadros jamás ponga en riesgo la continuidad del socialismo en Cuba", *vid* en, Informe Central al VI Congreso del PCC. Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea] Disponible en: http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/mayo de 2014, p. 21. Asimismo, véase Objetivo No. 76. Proyectar la renovación paulatina de los cuadros en los cargos de dirección, estableciendo límites de permanencia por tiempo y edades según las funciones y complejidades de cada responsabilidad. Limitar a un máximo de dos períodos consecutivos de cinco años, el desempeño de los cargos políticos y estatales fundamentales. Objetivos de Trabajo del Partido Comunista de Cuba aprobados por la Primera Conferencia Nacional, La Habana, 29 de enero de 2012, p. 7.

tiempo, conculcaba las bases republicanas y además suponía atribuir a uno de los ciudadanos una situación de privilegio.

Para precaverse contra posibles abusos de autoridad de los magistrados, la *Respublica* estableció un término fijo: un año, para el desempeño del cargo, con excepción de la dictadura que duraba un máximo de seis meses. Y la censura, que, elegida cada cinco años, duraba un máximo de dieciocho meses (Tito Livio 2,1,1). Siguiendo a Tito Livio se descubre en (7, 42, 2)[18] que el requisito de la anualidad en las magistraturas permanentes, y el principio democrático que tendió a que una misma persona no ejercitase continuamente una magistratura, llegó a plasmarse en la prohibición de la *iteratio*, sancionada por primera vez en el 342 a.n.e. Se prohibía así que la misma magistratura pudiese ser recubierta por la misma persona antes de diez años. Ya anteriormente se había prohibido la *iteratio* para la censura, pudiendo ser censor solo una vez. Del principio de renovabilidad se derivaba la prohibición de acumular cargos de magistrados, en el sentido de que quien desempeñaba una magistratura, no podía desempeñar otra al mismo tiempo.[19]

Descentralización en el nivel municipal del ejercicio del poder

Del Informe al VI Congreso del PCC, y la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular el Sistema Electoral y la División Político-Administrativa, ha derivado la necesidad a avanzar hacia una paulatina descentralización de facultades, desde el Gobierno Central hacia las administraciones locales.[20] Apúntase que la integralidad de un proceso de esta natura-

[18] Tito Livio: *Desde la fundación de Roma*, Libros I-II (versión de Agustín Millares Carlo), México, UNAM, 1998, pp. 82-84.

[19] Torrent: *Derecho Público Romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 1995, pp. 141-145.

[20] "La comprensión plena de estos conceptos nos permitirá avanzar con solidez y sin retrocesos en la paulatina descentralización de facultades, desde el Gobierno Central hacia las administraciones locales (…)". "El reforzamiento sistemático de nuestra institucionalidad, será a la vez condición y garantía imprescindible para que esta política de renovación de los cuadros jamás ponga en riesgo la continuidad del socialismo en Cuba", *vid* en, Informe Central al VI Congreso del PCC. Fuente: Partido Comunista de Cuba. Sitio oficial. [en línea] Disponible en http://www.pcc.cu/congresos_asamblea/cong6.php/mayo de 2014, pp. 14 y 30. Por su parte la Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular, el Sistema Electoral y la División Político Administrativa establece que la integralidad de un proceso de esta naturaleza, demanda variar procedimientos, términos legales y realizar otras adecuaciones en nuestro Sistema Electoral, sobre la base de los principios esenciales que lo sustentan y demuestran su carácter democrático y participativo. Disponible en http://www.cubadebate.cu/

leza demanda variar procedimientos, términos legales y realizar otras adecuaciones en el Sistema Electoral, sobre la base de los principios esenciales que lo sustentan y demuestran su carácter democrático y participativo, potenciando una mayor autonomía a los municipios.

No se concibe una república de base romanista sin municipios. Ha de remembrarse que el municipio supuso la presencia de criterios más flexibles en cuanto al equilibrio entre centralización y descentralización. La relación entre la ciudad de Roma y la vida social y cultural que al interior del municipio se desarrollaba, contribuyó a que sus habitantes pudieran tener el control de los asuntos locales. Esto denota cierta autonomía, pero sin dejar de mantener una conexión política con la urbe romana y su política centralizadora. Recuérdese que en lo que se refiere a sus funciones, los munícipes eligen y revocan a los magistrados anuales. Además, aprueban los decretos honoríficos del Senado, aprueban y abrogan las leyes, no solo a nivel municipal sino que, como se vio anteriormente, intervenían en procesos decisorios a nivel de la ciudad de Roma.[21]

Para Pérez y Prieto[22] la descentralización supone la distribución de los asuntos públicos en dos niveles: el central (estatal) y el local (municipal) para lo cual resulta imprescindible armonizar el proceso descentralizador con la unidad de los fines estatales y su fundamento, el centralismo democrático. Es decir, ha de tenerse en cuenta que para el logro de esa armonía, las relaciones funcionales entre los órganos superiores y locales deben desarrollarse teniendo como principios que los inferiores estén bajo el control de los superiores. Y, además, que estos últimos garanticen la unidad estatal a través de disposiciones de carácter general y obligatorio que, lejos de limitar, estimulen la iniciativa y responsabilidad de los órganos locales en un actuar más autónomo.

Valdés Paz[23] señala que esta cultura se relaciona con el interés de los sujetos y actores políticos de participar en las cuestiones públicas y colectivas, de manera más o menos comprometida, todo lo cual supone una cierta concientización, la identificación con ciertos valores colectivistas, y entender la participación como un valor de la Revolución y de la República. Pero esta concientización no ha de ser vista solamente como fundada en premisas puramente

especiales/2011/04/18/resolucion-sobre-el-perfeccionamiento-de-los-organos-del-poder-popular-el-sistema-electoral-y-la-division-politico-administrativa/.

[21] *Vid.* D'Ors : *Elementos de Derecho Privado Romano,* Ediciones Universidad de Navarra S.A. Editor. Gómez, S.L. Larrabide, 21, Pamplona, s.a., p. 148.

[22] *Cfr*: Pérez Hernández, Lissette y Prieto Valdés, Martha: "La descentralización de las decisiones a favor de los municipios. Un reto y una necesidad de los pueblos", *en Temas de Derecho Constitucional Cubano,* Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, p. 196.

[23] *Vid.* Valdés Paz, Juan: "Notas sobre la participación política en Cuba", en Pérez Garciá, Arnaldo J. (compilador*): Participación social en Cuba*, Centro de Investigaciones Psicológicas y Sociológicas (CIPS), Ciudad de La Habana, 2004, p. 62.

ideológicas en ciertos ideales. Presupone, además, en los sujetos y actores, una praxis democrática participativa que la instaure y reproduzca.

Con similar tino defiende Lezcano Pérez[24] que nuestro país es indivisible, los gobiernos no son independientes, pero deben tener autonomía y usarla con inteligencia y con mucha disciplina; hay que lograr mantener la armonía entre la nación y la localidad.

Continúan apuntando Pérez y Prieto[25] que debe ampliarse la capacidad decisoria de los municipios, no solo local cuando los asuntos sean de su competencia, sino influir también en las decisiones más generales, de carácter provincial o nacional. Para ello es imprescindible lograr una conformidad suficiente entre la centralización y la descentralización de las decisiones, tal cual se lograba en el modelo romano de República.

La descentralización significa una activa participación de los entes locales en las decisiones de los superiores, eleva el papel del pueblo como centro de poder y consolida el consenso activo, expresión de legitimidad de los gobernantes, de los mecanismos y del sistema en general.

Por lo tanto, se deberá perfeccionar la participación ciudadana –consecuencia del carácter popular de la soberanía– ampliando y fortaleciendo vías que propicien el ejercicio del poder popular efectivo. Se impone regular: cómo, dónde, por qué y para qué participar, estimulándose las iniciativas locales de participación.

Al desarrollar y perfeccionar el Poder Popular, el país está en condiciones de ofrecer al mundo una alternativa democrática más directa.

Al criterio de las autoras, se añade que, "con el perfeccionamiento del diseño político-jurídico cubano de la participación ciudadana en el siglo XXI, se estaría reconociendo el valor de la Constitución cubana, la cual consagró, por primera vez en el ámbito latinoamericano, una República democrática de evidentes fundamentos romanistas".[26]

---

[24] *Cfr*: Lezcano Pérez, Jorge: en Asamblea Provincial del Poder Popular. *Relatoría del Taller sobre las transformaciones ocurridas en el municipio después de la institucionalización*, Matanzas, 2009, p. 6.

[25] *Cfr*: Pérez Hernández, Lissette y Prieto Valdés, Martha, "La descentralización de las decisiones a favor de los municipios... cit., pp. 196-198.

[26] La expresión entre comillas es de la autora.

¿Democracia directa en Cuba? ¿Instituciones o mecanismos?

(Teodoro) Yan Guzman Hernández*

I- Las instituciones de democracia directa, la difusa expresión de la democracia directa en Cuba y las distintas perspectivas de análisis del Derecho constitucional y la Teoría política

Las constituciones modernas han venido incorporando progresivamente, junto al derecho de concurrir a la formación (integración) de los órganos políticos de decisión colectiva, otras prerrogativas ciudadanas directamente relacionadas con el derecho a tomar parte en el proceso de formación de la ley. Estas prerrogativas generalmente son denominadas instituciones de democracia directa, entre las que se inscriben la iniciativa legislativa, el plebiscito, el referendo y con menor consonancia en los ordenamientos, el derecho a revocar las autoridades electas, aun cuando el propósito de esta última no guarde relación directa con el proceso de formación de la ley[1]. Estas instituciones también se asocian a los derechos (políticos) de participación que la doctrina ha venido diferenciando de los derechos políticos tradicionales[2].

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1 En los límites del poder local, además de poder configurarse la mayoría de estas instituciones, pueden concebirse otras propias de ese nivel como el cabildo abierto, por ejemplo.

2 Entre los derechos políticos históricamente reconocidos en los textos constitucionales, se encuentran los de asociación, reunión, manifestación, petición, sufragio y resistencia. Doctrinalmente, algunos son reconocidos como libertades políticas, ver Duguit, León: *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Beltrán, Madrid, 1926, pp. 197 y ss. También se les reconoce como libertades públicas, ver Pérez Royo, Javier: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 285 y ss. Se podría decir de estos "derechos políticos tradicionales" que, en sentido general, manifiestan el sentir y la inclinación política del pueblo, y aunque pueden estar relacionados con demandas y necesidades muy particulares, generalmente no obligan al poder político a actuar inmediatamente en consonancia con ellas. No obstante, algunos de estos derechos contribuyen a "direccionar" la gestión

Estas instituciones también pueden ser identificadas como mecanismos de democracia directa (MDD), término más empleado por la Teoría política. En principio, estas instituciones o mecanismos son formas procedimentadas de participación política y suelen constituir manifestaciones concretas de autogobierno de los ciudadanos. Mediante ellas, la ciudadanía puede influir efectivamente en el ejercicio del poder político del Estado, en particular en su esfera decisoria. Es usual que para la validez y eficacia de estas instituciones que terminan con una consulta al soberano, se exija en la iniciativa o solicitud un quórum que denote aptitud representativa de lo que podrá convertirse en decisión política general, incluso en la propia consulta podrá exigirse otro en aras de dar legitimidad y criterio mayoritario a la decisión adoptada, a estos quorum podría denominárseles «umbral de legitimidad».

La iniciativa es una cuestión relevante en las instituciones de democracia directa. En el caso de la iniciativa legislativa o constitucional, al estar predeterminada por la naturaleza misma del instituto, se acota adjetivándola con la variable "popular" si la petición nace de la ciudadanía, en el caso de que tenga origen en cualquier instancia del poder, no se refiere como una institución de este tipo. En el referendo, la intervención ciudadana en el procedimiento está asegurada, de hecho el concepto referendo se asocia directamente a consulta popular, pero trasciende distinguir quién tiene la iniciativa para poner en marcha la institución, al punto que la iniciativa de consulta se ha reconocido como una institución o mecanismo de democracia directa independiente[3]. En el caso de la revocatoria de mandato, la distinción de quién tiene la iniciativa, a contrario sensu de la iniciativa, no afecta la naturaleza de la institución en sí, pero le resta carácter popular o democrático.

Según Thibaut, estas instituciones refieren a "[…] formas de participación política que se realizan con el voto directo y universal, pero que no consisten en seleccionar a los miembros de los órganos democrático-representativos […]"[4] Para Rial "constituyen formas de participación política mediante el ejercicio del voto directo y universal"[5], más adelante este autor delimita: "[…] su objetivo no es la elección de los miembros de los órganos democrático-representativos (legislativo o ejecutivo) sino involucrar al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones"[6]. Por su parte, Zovatto se refiere a ellas como

política de los representantes y, en ocasiones terminan por obligar a los actores políticos a satisfacer las pretensiones de quienes lo ejercen.

3 Ver más adelante criterios de Uleri., o la propia Constitución de 1940 que la reconocía en su artículo 219, inc. c.

4 Thibaut, Bernhard: "Instituciones de democracia directa" en Nohlen, Dieter et al.: *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina.* Instituto Internacional de Derechos Humanos, México, 1998, p. 67.

5 Rial, Juan: *Instituciones de democracia directa en América Latina* en http://redpartidos.org/files/democraciadirecta.pdf [acceso 22 diciembre de 2014], 2000, p. 1.

6 Ibidem.

"las diversas formas de participación política que se realizan a través del ejercicio del voto directo y universal"[7] y agrega: "Su objetivo principal es involucrar al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones sobre las cuestiones públicas (actos o normas) y no el de elegir a los miembros de los poderes Legislativo o Ejecutivo"[8].

Este último criterio no ha servido únicamente para excluir a la elección de cargos públicos, sobre lo cual existe consenso, sino también que algunos autores lo han hecho extensivo a la revocatoria de mandato, por ser una institución que tiene como objetivo personas y no temas[9]. No obstante, en este trabajo se asumirá una concepción amplia de los mecanismos o instituciones de democracia directa, que se configurará a partir de la participación ciudadana verificable en las urnas, que puede estar precedida o no de una recolecta de firmas en tanto sea el procedimiento establecido legalmente, y que tiene como objetivo lograr una votación popular que conlleve a una decisión política de los órganos representativos. Únicamente se excluirá la elección de cargos públicos, lo que ha sido común en las diferentes definiciones[10].

El institucionalismo jurídico iniciado por Houriou y desarrollado por Santi Romano a inicios del siglo XX, encumbró el análisis de la institución jurídica y la erigió como uno de los centros epistemológicos del Derecho. Para García Maynez "la institución es el núcleo de preceptos que reglamentan relaciones de igual naturaleza"[11], por lo que es capaz de producir una sistematización interna desde corrientes que van desde el positivismo al realismo. Los análisis del Derecho de las instituciones tienden a centrarse más en el diseño normativo sin excluir las valoraciones sobre su eficacia o realización, de esto no ha escapado las instituciones de democracia directa[12], que han encontrado un terreno más vasto de examen en la Teoría política que se ha preocupado por la efectividad de estos mecanismos hacia los modelos democráticos y sus tributos reales al

---

[7] Zovatto, Daniel: "Las instituciones de democracia directa a nivel nacional en América Latina: Un balance comparado: 1978-2007" en *Revista de Derecho Electoral*, No. 4, Segundo Semestre, San José, Costa Rica, p. 3, disponible en http://www.tse.go.cr/revista/art/4/zovatto_num4.pdf [consultado 4 de diciembre de 2016].

[8] Ibídem.

[9] Ver Altman, David: *Direct democracy worldwide*, Cambridge & New York, Cambridge University Press, 2011, p.16.

[10] Ver Rial: ob. cit., pp. 1; Zovatto: ob. cit., p. 3; Thibaut: ob. cit., p. 67.

[11] García Maynez, Eduardo: *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México, 2011, p. 128.

[12] El uso del término «mecanismo» no es neutral, Whitehead explica como el uso de analogías tomadas de las ciencias físicas, puede estimular la formación de conceptos en las ciencias humanas, también advierte como algunas de esas extrapolaciones han termido anquilosando determinados análisis dentro de las ciencias sociales, específicamente, el tema que ocupa su trabajo que es la democratización de los sistemas políticos. Ver Whitehead, Lawrence: "Un concepto de democratización reanimado: la metáfora biológica" en *Revista SAAP*, vol 5, nº 2, 2011.

empoderamiento ciudadano, teniendo en cuenta no solo el diseño en la Constitución y la leyes, sino también, su dinámica interna y su puesta en práctica.

La ciencia política ha prestado singular atención a la perspectiva funcional de los mecanismos de democracia directa lo que ha servido para una caracterización y cualificación superior a la que se ha logrado en los límites del Derecho constitucional. Jürgen Fijalkowski habló de mecanismos que adoptan «formas fuertes» o «débiles» teniendo en cuenta principalmente el nivel de involucramiento de la ciudadanía con la solicitud de la activación del mecanismo y el efecto vinculante hacia las estructuras del poder público que tiene el resultado de la consulta[13]; a ello súmese que existe una variada tipología de estos mecanismos que pone énfasis en desde donde se inician, quién determina su objeto, y la posibilidad de decidir en las urnas la iniciativa, lo que ha sido desarrollado con criterios diferentes por Uleri en *The referendum experience in Europe*, Suksy en *Bringing in the people. A comparison of constitutional forms and practice of the referendum*, Kauffman, Büchi y Braun en *Guidebook of the direct democracy in Switzerland and Beyond*, el International IDEA, los análisis del Initiative and Referendum Institute Europe (IRI Europe) y Altman en *Direct democracy worldwide*[14].

En los análisis politológicos algunas formas de participación directa han quedado excluidas de los mecanismos de democracia directa por no canalizarse y garantizarse mediante el sufragio universal y secreto, a la vez que el voto es configurativo de estos mecanismos[15]. De igual manera, se ha referido la posibilidad de una concepción restringida de estos mecanismos que encuadre únicamente a los que permitan a la ciudadanía decidir directamente en las urnas, al margen de quien solicita la consulta[16], lógica por la cual Altman ha excluido a la iniciativa legislativa popular que no termina en consulta popular, por considerar que es una herramienta de control de agenda y no de decisión política[17]. Otros autores como Kaufman y Waters, incluso han llegado ha excluir los referendos preceptivos como instrumentos de la democracia directa de empoderamiento ciudadano[18].

---

[13] Thibaut, Bernhard: ob. cit., p. 80.

[14] Ver análisis comparativo en Svenson, Palle: *Forms and terminology of direct democracy*, http://paperroom.ipsa.org/papers/paper_26306.pdf, 2011, pp. 20-26 [acceso 20 diciembre de 2014]

[15] Altman: ob. cit., p. 7.

[16] Welp, Yanina: "El referendo en América Latina. Diseños institucionales y equilibrios de poder" en *Nueva Sociedad*, No. 228, Julio-Agosto, Buenos Aires, 2010, p. 29 y Altman: "Plebiscitos, referendos e iniciativas populares en América Latina: ¿mecanismos de control político o políticamente controlados?", en *Perfiles Latinoamericanos* 35, FLACSO, México, 2010, p.11.

[17] Altman: ob. cit., p. 17.

[18] Kaufman, Bruno y Waters Dane M.: *Direct democracy in Europe*, citado por Welp, Yanina y Serdült, Uwe: "Direct democracy upside down" en *Taiwan Journal of democracy*, Vol. 8, No. 1, 2012, p. 70.

De cualquier manera, la puesta en práctica de los mecanismos de democracia directa no dependerá únicamente de su diseño, porque también influyen otros aspectos del sistema político y de la sociedad en sentido general, tales como la cultura participativa[19], la trascendencia de las decisiones políticas que se sometan a la ciudadanía, el grado de simetría con el que se construya la relación democrática entre la ciudadanía y las estructuras decisorias del estado, entre otras cuestiones. Sin embargo, de ninguna manera puede renunciarse a su democratización que parte desde su variado reconocimiento en la constitución y las normas reglamentarias, de manera tal que se logre un diseño normativo de los presupuestos configurativos del mecanismo que facilite la participación. No por gusto, países como Suiza, Uruguay y Ecuador donde más se han puesto en uso estos mecanismos[20] presentan diseños factibles que propenden a su materialización.

En Cuba la práctica de las instituciones de democracia directa ha sido irrelevante en tres cuartos de siglo, a pesar, primero, de su amplio reconocimiento en la Constitución de 1940[21], uno de los textos más avanzados de América Latina, incluso en el tema en cuestión[22], y segundo, de que la vigente Constitución que data de 1976, con reformas, ha regulado algunos de estas instituciones, sobre la base discursiva de la participación popular y el Poder Popular, en los límites de la democracia socialista y una soberanía también popular.

El *boom* discursivo y analítico de los mecanismos de democracia directa es posterior a ambas constituciones, pero desde mucho antes la doctrina constitucional había reconocido la existencia y regulación de los medios de la participación directa del pueblo[23], comúnmente bajo la denominación de instituciones de

---

[19] Valdés Paz, Juan: *El Espacio y el límite. Estudios sobre el sistema político cubano*, Instituto Cubano de Investigación Cultural "Juan Marinello" y Ruth Casa Editorial, La Habana, 2009, p. 165.

[20] Altman: ob. cit., pp. 73 y 117.

[21] En la Constitución del 40 para el régimen municipal se encontraban regulados el referendo, la revocatoria de mandato, la iniciativa legislativa y la iniciativa ciudadana; para el régimen provincial el referendo; y para el nacional la iniciativa legislativa y de reforma constitucional, además el referendo que incluía el constitucional para determinadas situaciones constitucionales. Para una revisión más acabada de la configuración legal de estos mecanismos, revísense sus artículos 210, I§, II§ y V§; 219, inc. b, c y d; 223, I y II§; 285 y 286 II§, IV§ y VI§; 135, inc. f y último §; 342, inc. c, II§, Ley No 1, Constitución de la República de 1940, G. O. no 464, 8 de julio de 1940.

[22] La Constitución uruguaya de 1934 fue el texto vanguardia en América Latina, en lo que respecta al reconocimiento de los MDD, aunque la Constitución de 1919 de ese país reguló algunos para el nivel local. Ver Zovatto: ob. cit., p. 10.

[23] Jellinek a inicios del siglo XX adevertía el uso creciente y la necesidad de las instituciones de democracia directa, ver Jellinek, Georg: *Reforma y mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrdid, 1991, también como otra obra tempranera que desde el Derecho constitucional se aborda el tema en cuestión, ver Capograssi, Giuseppe: *La nouva democrazia diretta*, Arti grafiche Ugo Pinnarò, Roma, 1922, pp. 407-573.

democracia semidirecta, o directa como todavía suele llamárseles hoy, solo que los análisis del diseño institucional, del contexto político en que se ha fomentado su regulación y concreción, de los efectos políticos, así como de su sistematización y tipología, han sido un ejercicio más ambicioso desde la Teoría política.

Algunas manifestaciones de la participación política en Cuba han sido abordadas bajo el manto de la democracia directa, pero sin diseccionar sus diferentes expresiones, de forma tal que permitan determinar los aciertos y desaciertos de su configuración, esto al final, ha provocado cierto espejismo valorativo sobre las formas y medios que han canalizado la participación directa. La concepción amplia de la democracia directa y la suficiencia de sus variadas expresiones, en pos de la legitimidad del sistema, ha desviado la atención que en Cuba deben merecer las instituciones de democracia directa, reguladas desde 1976, y que hoy se identifican a partir de un grupo de instituciones participativas de orden constitucional o infraconstitucional.

Con el Triunfo de la Revolución, la participación directa se identificó con manifestaciones que implicaron al pueblo subjetivado en masa reivindicatoria de los grandes sectores hasta ese momento excluidos, pero en las que en su gran mayoría no medió el uso del voto. Ha englobado variadas formas de participación popular, que han sido funcionales para demostrar de manera incontrastable, el apoyo popular a decisiones políticas trascendentes, como a inicios de la Revolución con la Primera y Segunda Declaración de La Habana en 1961 y 1962; o para sostener que el pueblo ha tenido la dirección y control de la sociedad[24], lo que en este sentido ha llevado a considerar, incluso, la colaboración de los sindicatos y organizaciones de masas en las tareas estatales[25] y los Parlamentos obreros en 1994[26], como expresiones de la democracia directa en su sentido más amplio.

Otras prácticas que igualmente se han defendido como ejercicio de la democracia directa en Cuba, han estado relacionadas con la participación ciudadana en el proceso legislativo, que ha resultado de la consulta popular, que promueve la Asamblea Nacional[27] y el debate ciudadano que involucra a la ciudadanía en la discusión de los proyectos de ley. Antes de su regulación, esta dinámica tuvo sus primeras expresiones a partir de 1973, durante la elaboración de un grupo de leyes en el marco de la institucionalización revolucionaria, así como en la concepción de la vigente Carta Magna[28]; posteriormente, se usó para le-

[24] Alarcón de Quesada, Ricardo: *Cuba y la lucha por la democracia*, Ciencias Sociales, La Habana, 2002, p. 51.

[25] Garcini, Héctor: "La Constitución socialista de 1976", *Revista Cubana de Derecho*, No. 12 Julio-Diciembre, La Habana, 1976, p. 108.

[26] Alarcón de Quesada: ob. cit., p. 14.

[27] Garcini: ob. cit., p. 110.

[28] Marill Rivero, Emilio: "Acerca de la dialéctica entre la democracia y la legalidad socialistas" en *Revista Cubana de Derecho*, No. 16, Enero-Diciembre, La Habana, 1980. p. 129.

gitimar proyectos de ley que la desarrollaron[29], y en la actualidad ha vuelto a recobrar fuerza, lo que se evidencia en las consultas y discusiones populares de los Lineamientos de la Política Social y Económica del Partido y la Revolución (2011), la reforma al Código de Trabajo (2013) y se espera para la próxima reforma de la Constitución ya anunciada.

Esta realidad será la principal preocupación que moverá las siguientes reflexiones, el cual presentará primero las nociones generales de tres instituciones de democracia directa que están presentes en el diseño constitucional cubano: el referendo, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato, a partir de los criterios doctrinales del Derecho constitucional y las tesis de algunos exponentes de la Teoría política, y después valorará la regulación y puesta en práctica de estas instituciones en el marco de la Constitución cubana de 1976, a fin de hacer un balance general sobre la práctica institucional de la democracia directa en Cuba.

II- Las instituciones de democracia directa de la Constitución cubana de 1976 en los límites de la regulación progresiva del principio de soberanía popular

La Constitución de 1976 consecuente con el reconocimiento de la soberanía popular en su artículo 4[30], previó el referendo a instancia de la Asamblea Nacional ("desde arriba")[31] y preceptivo ante la reforma total de la constitución o la

[29] Noguera Fernández, Albert: "La participación popular en Cuba. Análisis jurídico y propuestas dentro del contexto cubano para su perfeccionamiento" en *Foro Internacional*, Vol. XVLI, No. 3, Julio-Septiembre, El Colegio de México, México, 2006, p. 495.

[30] Artículo 4. En la República de Cuba todo el poder pertenece al pueblo trabajador que lo ejerce por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, o bien directamente. [...] Constitución de la República y Ley de Tránsito Constitucional. Gaceta Oficial de la República de Cuba (G. O.) no 2, 24 de febrero de 1976.

[31] Artículo 75. Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular:
u) disponer la convocatoria de referendos en los casos previstos en la Constitución y en otros que la propia Asamblea considere procedentes; Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, 31 de enero de 2003. (Antes de la reforma constitucional de 1992 se encontraba regulada en el artículo 73.)

modificación de contenidos especialmente protegidos[32], la iniciativa legislativa popular[33], y la revocación de mandato[34].

Con la reforma de 1992 la transición definida por los clásicos del marxismo de un Estado basado en la dictadura del proletariado hacia el Estado de todo el pueblo tuvo su resonancia en el principio de soberanía popular. Esto se puso en evidencia no solo en la ampliación del sujeto constitucionalizado[35] sino también en la definición constitucional del sujeto empoderado políticamente, al desacotarse el detentador del poder político[36]. Otras posibles interpretaciones de los preceptos que han regulado el principio de soberanía popular en la Constitución cubana de 1976 (artículo 3 en 1976 y 4 con la reforma de 1992), pudieran ser la inversión en la norma del orden en que el ejercicio del poder soberano pudiera concretarse: por acción directa del ciudadano (participación directa) y por representación. Con la reforma de 1992, la participación directa quedó situada en la norma (artículo 3) antes que la representación, dándosele

[32] Artículo 141. [...] Si la reforma es total o se refiere a la integración de la Asamblea Nacional del Poder Popular o de su Consejo de Estado o a derechos y deberes consagrados en la Constitución, requiere, además, la ratificación por el voto favorable de la mayoría de los ciudadanos con derecho electoral, en referendo convocado al efecto por la Asamblea Provincial. Constitución de la República y Ley de Tránsito Constitucional, G. O. no 2, 24 de febrero de 1976. (Con la reforma de 1992 se eliminó la posibilidad de reformar totalmente la Constitución y con ello una posible causal de referendo, al introducirse una cláusula pétrea o de intangibilidad, en el artículo 137 que actualmente contiene la llamada cláusula de reforma).

[33] Artículo 88. La iniciativa de las leyes compete:
g) a los ciudadanos. En este caso será requisito indispensable que ejerciten la iniciativa diez mil ciudadanos, por lo menos, que tengan la condición de electores. Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, 31 de enero de 2003, (antes de la reforma constitucional de 1992 en el artículo 86)
Artículo 131. Todos los ciudadanos [...] tienen derecho [...] a participar [...] en la forma prevista en la ley, en elecciones periódicas y referendos populares [...] Constitución de la República de Cuba, ob. cit.

[34] La revocatoria (popular) de mandato quedó reconocida en la preceptiva dedicada a los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales, primero como un derecho de elector (art. 66, inc. c de la Constitución de 1976 antes de la reforma), y después de 1992 como una de las reglas de la democracia socialista.

[35] El artículo 1 de la Constitución cubana de 1976 antes de la reforma de 1992 declaraba: "La República de Cuba es un Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales", mientras que después de la reforma "Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos [...] para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana. (Resaltado o añadido por el autor)

[36] El artículo 4 de la Constitución cubana de 1976 antes de la reforma de 1992 reconocía que "En la República de Cuba todo el poder pertenece al pueblo trabajador [...]", mientras que con la reforma de 1992 el artículo 3 reconoce que "En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado" G. O. no 2, 24 de febrero de 1976 (Resaltado añadido por el autor.)

por ello, en principio, prioridad. Esta inversión era coherente con la adición del artículo 131, que reconoció el principio de participación[37], el cual no se encontraba regulado inicialmente y que mantiene la prelación antes mencionada. En otro sentido, la Constitución de 1976 antes de la reforma refirió sin ambages normativos la pertenencia del poder al pueblo trabajador, mientras que con la reforma de 1992 se refiere a la residencia de la soberanía en el pueblo del cual dimana el poder del Estado.

La reglamentación de la iniciativa legislativa, el referendo y la revocatoria de mandato no ha tributado a su reforzamiento, sino que en algunos casos, los han convertido en mecanismos inefectivos, por su incapacidad de subvertir la dinámica decisoria y de gestión, en el marco de la representación; en otros casos, en instituciones débilmente vinculantes, por quedar sujetas a los intereses que se generen desde los órganos del poder estatal.

En la iniciativa legislativa se exigen requisitos que la desnaturalizan como herramienta ciudadana, en la medida que carece de autonomía y se dificulta grandemente el proceder de los ciudadanos, además, que no vincula al órgano legislativo. El referendo solo puede ser instado por la Asamblea Nacional, y se faculta al Consejo de Estado para disponer lo que considere una vez la Asamblea acuerde su realización[38], quedando así su pobre regulación en la ley electoral incompleta. En cuanto a la revocatoria popular de mandato, solo se configura realmente para los delegados a las asambleas municipales del Poder Popular, y el procedimiento para su puesta en práctica es riguroso[39], por la mediación de comisiones, la posibilidad de que el delegado municipal sea a su vez delegado provincial y/o diputado nacional, entre otras cuestiones que obstaculizan su materialización[40].

En el plano de realización de las instituciones de democracia directa, hasta la fecha en Cuba, una consulta popular vinculante (considerada referendo para unos y plebiscito para otros) y una decreciente revocatoria de mandato para el nivel municipal, han sido sus únicas e incontrovertibles manifestaciones consumadas. A ello súmese, si se pretende ampliar el análisis, un intento fallido de iniciativa legislativa popular (o de reforma constitucional) y una recolecta de firmas de adhesión, declarada erróneamente como plebiscito por la

---

[37] Artículo 131. Todos los ciudadanos con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos para integrar los órganos del Poder Popular, y a participar, con ese propósito, en la forma prevista en la ley, en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto. [...] Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, 31 de enero de 2003.

[38] Ver artículo 90, inc. e, Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, 31 de enero de 2003.

[39] Ver Guanche: ob. cit., p. 60.

[40] Ver Ley N° 89 "De la revocación del mandato de los elegidos a los órganos del Poder Popular", G. O. no 62, 23 de septiembre de 1999.

propia Asamblea Nacional y oficializada con esa denominación (véase Nota de la Asamblea Nacional en Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, 31 de enero de 2003).

III- El referendo

El referendo es el clásico mecanismo de consulta popular, a tales fines, el más usado en la actualidad. Para Hauriou "es la más importante manifestación del gobierno directo"[41], mientras que para Pérez Royo "[...] cuando se plantea el problema de la relación entre la democracia directa y la representativa es en el referéndum en lo que se piensa de manera inmediata y casi exclusiva"[42]. Mediante el referendo un órgano democrático-representativo solicita a la ciudadanía que se pronuncie a favor o en contra de un determinado tema de naturaleza jurídica, o la ciudadanía puede instar al órgano para que realice la consulta sobre un determinado tema para que sea sancionado en ley en sentido lato. Experiencias positivas de la praxis de este instituto se pueden encontrar en el modelo helvético, al que comúnmente se le llama "democracia de referendo"[43], y después, al menos desde índices cuantitativos, en Australia y Nueva Zelanda[44].

Se ha derivado una variada tipología de esta institución, de ahí que existan clasificaciones que atiendan al contenido, a la instancia de activación, al alcance territorial (nivel del poder público donde incide), al alcance de materias y a la finalidad. Entre las más comunes, se encuentran la de referendo constitucional, si recae sobre la Constitución o sobre algún tema de ella, con la intención de

[41] Hauriou, Maurice: *Principios de Derecho público y Constitucional*, Reus, Madrid, 1927, p. 500.

[42] Pérez Royo: ob. cit., p. 380.

[43] Los artículos 140 y 141 de la Constitución de Suiza reconocen el referendo de carácter obligatorio y la Constitución predetermina *numerus clausus* los supuestos en que es ineludible apelar a la consulta del pueblo y los cantones, y del pueblo únicamente; en el artículo posterior da carácter facultativo a esta institución, siempre que medie una solicitud representativa de 50.000 ciudadanos con derecho al voto o de ocho cantones, y enumera los actos normativos e instrumentos jurídicos internacionales, así como algunas condiciones que deben estar presentes en algunos casos, para que la ciudadanía pueda apelar a este instituto.

[44] Para más sobre este particular, ver Butler, David y Ranney, Austin: *Referendum around the World*, American Enterprise Institute, Washington D.C., 1994, pp. 98-173, particularmente los capítulos 4 y 5 dedicados a la práctica de esta institución en Suiza y Australia, así como en Nueva Zelanda, respectivamente; también Baramendi, Virginia *et al.*: *Direct Democracy. The International IDEA Handbook*, Stokholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008 (ver Index donde se relacionan otros países donde se usan los mecanismos de democracia directa).

distinguirlo del referendo legislativo, que es el más común y cuyo objeto es una cuestión de ley ordinaria.

La doctrina constitucional, al abordar esta institución, también la distingue a partir de otros elementos que la caracterizan, así cabría hablarse de referendo obligatorio o preceptivo[45] "cuando es impuesto por la Constitución, como requisito necesario para la validez de determinadas normas legislativas"[46], y de referendo facultativo si se celebra a instancias de determinados sujetos legitimados para ello, siempre que estos puedan decidir cuándo ponerlo en marcha, estos sujetos pueden ser una fracción del cuerpo electoral, el órgano legislativo o el jefe del Estado. A partir de esta última característica, se tiene en cuenta quién está facultado para llevar a cabo la solicitud o petición, de ahí que podría referirse a un referendo institucional, es decir, instado por los órganos estatales facultados, casi siempre el ejecutivo o el legislativo, o popular, cuando la petición queda en manos de la ciudadanía. No obstante estas clasificaciones doctrinales o tipologías, el referendo halla nuevas manifestaciones (al menos, nominativas) en dependencia de la finalidad específica de la consulta y del ordenamiento en particular[47].

SCHMITT advertía: "no es recomendable designar como Referéndum todos los casos de votación popular (iniciativa popular, plebiscito, etc.) sino que debe reservarse para el caso en que se someta a los ciudadanos un acuerdo de la representación popular"[48]. Esta advertencia ha obligado tanto a la doctrina constitucional como a los análisis politológicos a diferenciar esta importante institución de democracia directa con el plebiscito, el cual también es una consulta a la ciudadanía. GARCÍA PELAYO explicaba que el plebiscito es "una consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir,

---

[45] Algunos autores como THIBAUT y RIAL, distinguen los obligatorios "que se desarrollan automáticamente cuando aparece un problema previsto en la Constitución (por ejemplo, una reforma constitucional, una reforma territorial o un acuerdo internacional que implica un traspaso de soberanía de un Estado a instituciones internacionales)" de los que están "acotados a determinados casos, que sólo son iniciados cuando surge una situación problemática especial predefinida dentro del proceso representativo regular (v. gr. un conflicto entre el gobierno y el Parlamento o la oposición no solucionable en el marco del sistema representativo). Ver THIBAUT: ob. cit., p. 68.

[46] GARCÍA PELAYO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 183.

[47] Desde una perspectiva normativa la Constitución de Weimar (1919) estableció seis tipos de referendo, mucho después la de la República Bolivariana de Venezuela (1999) cuatro. Desde una perspectiva constitucional HAURIOU hace una distinción similar y enumera referendo consultivo, de veto y de ratificación, ver HAURIOU: ob. cit., p. 500 y 501, mientras, que mucho más actual, desde la teoría política, SVENSON en *Forms and terminology of direct democracy* trae a colación algunas clasificaciones del referendo dentro de la variada tipología que hoy tienen los mecanismos de democracia directa, ver SVENSON: ob. cit..

[48] SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 1992, p. 254.

política, en el sentido genuino de la palabra"[49]. Para este autor la cuestión plebiscitada era una decisión política susceptible de tomar forma jurídica. Similar posición adoptó Aguiar de Luque, quien señaló que es un "procedimiento de consulta en el que predomina el elemento «decisión» frente a la racionalidad jurídica"[50] [51].

Este desconocimiento de la racionalidad jurídica se evidenció desde sus primeras manifestaciones en Roma (antigua)[52] y posteriormente en Europa y América, y se convirtió en el elemento determinante de la diferencia de esta institución con el referendo. Por otro lado, supone que la consulta plebiscitaria sea siempre a instancia de un órgano del poder político, generalmente a petición del ejecutivo.

Para Schmitt "el término Plebiscito tiene un significado más amplio que la mera participación directa objetiva"[53]. Weber desde una visión sociológica, advierte cómo el plebiscito ha tenido finalidades encubiertas, a medida que ha estado relacionado con la ratificación cualificada de quien lo emplea[54], al poder recaer sus efectos directamente sobre su persona y el cargo público que ostenta, o indirectamente sobre la acción gubernativa de la figura que lo emprende. El primer caso se podría ejemplificar con los plebiscita de Roma y los de Napoleón, Luis Bonaparte y Adolfo Hitler[55]; el segundo, se podría ilustrar con los convocados por el general Charles de Gaulle en Francia.

Lo cierto es que en el perfil descriptivo del referendo y del plebiscito se evidencia una falta de definición unívoca que los diferencie; el término plebiscito

---

[49] García Pelayo, ob. cit., p. 184.

[50] Aguiar de Luque, Luis: *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid, 1977, p. 115.

[51] El uso de este instituto fue muy común para las declaraciones de guerra, así lo reconoce, ver Friederich, Carl: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946., pp. 527 y ss.

[52] El término plebiscito tiene su referencia histórica en el Derecho Público romano. Ortolan explica el origen del término: "Estas asambleas, en un principio se llamaban concilia, lo que indicaba su carácter de conciliábulo de una sola fracción del pueblo. Pero con mayor frecuencia se llama comicio por tribu (comitia tributa). Sus decisiones se llamaban plebisscita, órdenes de la plebe y algunos autores, por oposición, designaron bajo el nombre de populi-scita, órdenes del pueblo, las leyes que los otros comicios decretaban." Ortolan, Joseph Louis Elzéar: *Explication historique des Instituts de L'empereur Justinien*, Henry Plon, París, 1863, p. 106.

[53] Schmitt: ob. cit., p. 88.

[54] "En cualquier caso, el sistema democrático, del llamado gobierno plebiscitario – la teoría oficial del cesarismo francés- implica rasgos esencialmente carismáticos y los argumentos de sus defensores acaban todos por acentuar esta particularidad. El plebiscito no es ninguna "elección", sino el reconocimiento primero (en el plebiscito de 1870) renovado de un pretendiente como soberano carismático personalmente cualificado". Weber, Max: *Economía y sociedad*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1971, p. 861.

[55] Para más detalles sobre los plebiscitos bonapartistas, ver Friederich, ob. cit., pp. 518-520, y sobre los de Hitler, ver Aguiar de Luque: ob. cit., p. 104.

se ha empleado para indicar una votación popular en eventos políticos excepcionales, no previstos constitucionalmente[56].

En la actualidad, algunos politólogos los han venido distinguiendo a partir de quiénes promueven la consulta, cuando no es promovida por la ciudadanía (en ese caso suele ser el ejecutivo o el legislativo) imputan a la consulta naturaleza plebiscitaria, mientras que si es instada por la ciudadanía entonces queda configurado el referendo[57]. Otra distinción la trae a colación Svenson, al comentar el criterio de Uleri sobre este particular, quien distingue la iniciativa del referendo. Para este autor se configura la primera cuando un número de votantes promueve una consulta, mientras que el segundo cuando un agente distinto a la ciudadanía es quien la promueve, en ambos casos fuera de los supuestos de un referendo preceptivo o obligatorio, o sea mandatado por la propia Constitución[58], mientras que el término plebiscito lo reserva para aquellas consultas que se dan en un ambiente carente de libertad[59].

III.1 El referendo en Cuba

El tránsito de la Ley Fundamental de 1959 (LF1959) a la Constitución de 1976 trajo consigo la única consulta popular en las urnas, que se ha hecho en Cuba en su historia constitucional; la decisión fue adoptada por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros y el Buró Político del Partido Comunista. La consulta ha sido calificada como referendo por diversos autores[60], además de que se oficializó con esa denominación en la Ley No 1299 de 1975[61]; recayó justamente sobre el anteproyecto de la Constitución de 1976 para su aprobación y promulgación.

El "referendo constitucional", que incluyó la Ley de Tránsito Constitucional, terminó con 5.473.534 (97,69%) votos a favor, y 54.070 (0,97%) en contra,

---

[56] Bobbio, Norberto *et al.*, *Dizionario di Politica*, Unione Tipograficco-Editirice Torinese, Torino, 1983, p. 815.

[57] Kaufman, Bruno y Büchi, Rolf: *Guidebook of direct democracy in Switzerland and Beyond* citado por Altman: *Direct democracy worldwide*, p. 10.

[58] Ver Uleri, Pier Vinzenzo: *The referendum experience in Europe*, citado por Svenson: ob. cit., p. 4.

[59] Ver Uleri, citado por Svenson: ob. cit., p. 5

[60] Ver Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 119; Azcuy, Hugo: *Análisis de la Constitución cubana y otros ensayos*, Instituto de Investigación Cultural Juan Marinello,y Ruth Casa Editorial, La Habana, 2004, p. 83; Guanche: *Estado, participación y representación en Cuba.* Diseño institucional y práctica política tras la reforma constitucional de 1992, Buenos Aires, CLACSO en http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/becas/.../guanche201105.pdf [acceso 20 junio 2013]

[61] Ver Ley No. 1299 Ley de Referendo para someter a la aprobación popular los proyectos de Constitución y de la Ley de Tránsito Constitucional, G. O. no 2, 29 de diciembre de 1975.

participaron 5.602.973 cubanos. El denominado referendo no tenía apoyatura legal en el mecanismo de reforma de la LF1959, ni en ninguna otra norma vigente del ordenamiento jurídico cubano, salvo en la propia Ley No 1299 de 1975, creada para la ocasión por el Consejo de Ministros, órgano que reunía las facultades legislativas y ejecutivas en ese momento.

Más de una lectura que se haga de la consulta popular hecha en 1975 apunta hacia su naturaleza plebiscitaria. Desde las tradicionales asumidas por la doctrina constitucional, por el hecho de que el mencionado referendo no se encontraba regulado en la LF1959, y teniendo en cuenta que si bien esta modificaba en parte a la Constitución de 1940, contenía una cláusula de reforma propia[62]. Además porque el referendo se convirtió a la postre, en elemento legitimador de la nueva cláusula de reforma y provino de la iniciativa de un Consejo de Ministros que concentraba tanto facultades legislativas como ejecutivas. Una interpretación de los hechos más actual, al calor de algunos criterios de la Teoría Política también reforzaría la tesis anterior ya que fue una consulta instada por las estructuras de poder y no por la ciudadanía.

Una oportunidad donde el referendo preceptivo u obligatorio regulado en la Constitución de 1976 vigente pudo entrar en juego, fue en el marco de su reforma en 1992. No ha existido un criterio uniforme acerca de si se trató de una reforma parcial[63] o de un nuevo texto[64]. En principio el referendo operaba preceptivamente ante la reforma total del Magno Texto y/o la modificación de determinados contenidos especialmente protegidos, referidos a la integración y facultades de la Asamblea Nacional y/o de su Consejo de Estado, o a derechos y deberes constitucionales[65]. Sin embargo, al parecer, se sostuvo que la obligatoriedad del referendo dependía de que con la reforma a la constitución se limitaran, restringieran o eliminaran el ejercicio de los derechos (o se ampliasen los deberes), similar criterio se sugirió para cuando se disminuyesen las facultades de los órganos estatales mencionados anteriormente y la calidad de estos, refiriéndose a la legitimidad directa o indirecta de sus miembros[66].

Esta interpretación ajustada del segundo párrafo del artículo 141 tenía que ver principalmente con el hecho de que con la reforma de 1992 se reconoció el

---

[62] El artículo 232 de la Ley Fundamental estableció la reforma por el Consejo de Ministros, con un quorum de sus dos terceras partes, ver Ley Fundamental de 1959, G. O. no 13, 7 de febrero de 1959.

[63] Ver Prieto Valdés, Martha: "La reforma a la constitución cubana de 1976" en Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette: *Temas de Derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2004, p. 45.

[64] Ver Azcuy: "La reforma de la Constitución Socialista de 1976" en *Cuadernos de Nuestra América*, no 22, Vol. II, La Habana, 1992, pp. 41-52; Guanche: ob. cit., p. 26.

[65] Ver artículo 141, Constitución de la República, G. O. no 2, 24 de febrero de 1976.

[66] Pérez Milián, Félix: "Motivos para una reforma" en *Revista Cubana de Derecho*, No. 7, Julio-Septiembre, La Habana, 1992, p. 6.

derecho a elegir directamente a los diputados a la Asamblea Nacional[67], el derecho a intervenir en la dirección del Estado y a la participación[68], y se reforzó la libertad religiosa[69].

Lo cierto es que el referendo debió usarse en 1992, pues al margen de los derechos y libertades que se adicionaron y reforzaron con la reforma, se perdió la certeza jurídica de todos, al adicionarse el estado de emergencia a la constitución[70]. A causa de ello se prescribió constitucionalmente que una ley determinaría los derechos y deberes fundamentales reconocidos por la carta magna, cuyo ejercicio sería regulado de forma diferente mientras dure el estado de emergencia[71]. Por ende, de alguna manera, se limitaron y restringieron los derechos constitucionales, pues las situaciones excepcionales tienen como una de sus consecuencias "naturales" la limitación o restricción de estos. Además, la tesis de Pérez Milián se acoge a una interpretación extensiva de la constitución, solo que técnicamente obvió que este tipo de interpretaciones es válida mientras no signifique limitaciones de derechos, y en este caso se estaba cercenando el derecho de participación, implícitamente reconocido en el artículo 4 de la Constitución referido al principio de soberanía popular, a la vez que se impidió que el pueblo expresara en referendo su opinión (vinculante) sobre la reforma de su constitución.

IV- La iniciativa legislativa popular

La iniciativa legislativa popular es la institución de democracia directa mediante la cual una parte del cuerpo electoral, tiene la facultad de presentar al

[67] Ver artículo 71 de la Ley de Reforma constitucional, G. O. no 1157, 13 de agosto de 1992; sin la reforma el 69 regulaba "La Asamblea Nacional del Poder Popular se compone de diputados elegidos por las Asambleas Municipales del Poder Popular en la forma y proporción que determine la ley" Constitución de la República, G. O. no 2, 29 de diciembre de 1975.

[68] Ver artículo 131 de la Ley de Reforma constitucional, G. O. no 1157, 13 de agosto de 1992.

[69] Prieto Valdés: ob. cit., p. 49. Compárese el tenor del artículo 55 de la Ley de Reforma constitucional de 1992. con el del 54 de la Constitución de la República de 1976 y téngase en cuenta además la adición del artículo 8 con la reforma de 1992.

[70] Ver artículo 9, Ley de Reforma constitucional, G. O. no 1157, 13 de agosto de 1992.

[71] Ver artículo 67 Constitución de la República. G. O. no 3, 31 de enero de 2003; la ley aludida es la No. 75 "De la Defensa Nacional", G. O. no 3, de 31 de enero de 1994. Esta ley en su artículo 10 si bien relaciona los derechos, libertades y garantías que serán regulados de manera diferente, ante la ocurrencia de una de las situaciones excepcionales previstas en la misma, no establece cómo serán afectados. Estos son los derechos al trabajo, manifestación, reunión y asociación; las libertades de palabra y prensa; así como la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, y el régimen de tutela al detenido.

órgano legislativo del Estado un proyecto para que se sancione como ley[72]. Tiene como finalidad que la ciudadanía intervenga en el proceso de creación de las leyes y asuma así la función legislativa o parte de ella. Generalmente, la iniciativa legislativa popular debe adquirir la forma de proyecto para que sea acogida por el órgano estatal[73]. Esta institución guarda relación (extendida en cualidad y quantum) con el derecho de petición, entendido este último como el derecho de los individuos a dirigir a los órganos o agentes públicos un escrito, en el que se expone una pretensión individual. Se extendió rápidamente a la mayoría de los textos fundamentales de Europa y América Latina, aunque ha tenido una pobre práctica.

Si bien la iniciativa legislativa popular tiene como principal ventaja permitir a la ciudadanía participar en el proceso de formación de la ley, su principal desventaja estriba en que, en diversas regulaciones la valoración acerca de la procedencia o no del proyecto presentado queda en manos del órgano legislativo, el cual puede desestimarlo por no reunir los requisitos formales exigidos o porque no está de acuerdo con la propuesta, y por lo uno o lo otro quedar truncadas las pretensiones populares.

Esta particularidad ha llamado la atención de algunos autores, que han terminado distinguiendo la iniciativa legislativa popular propiamente dicha de la que han denominado iniciativa de agenda[74]. Se configura esta última cuando un grupo de electores, siguen el procedimiento requerido, e instan la revisión de una ley, o presentan un proyecto de ley o una enmienda, y el órgano legislativo conserva plenamente el poder de decisión[75] Como ya se dijo al inicio para algunos exponentes de la Teoría política la iniciativa de agenda no es un mecanismo de democracia directa.

IV-1 La iniciativa legislativa popular en Cuba

La iniciativa legislativa popular fue una novedad de la Constitución de 1976, respecto a las constituciones socialistas que le precedieron[76]. Es una institución de democracia directa concebida para ser que los promoventes actúen de con-

---

[72] Un ejemplo histórico de esta institución lo trae Pérez Royo en su *Curso de Derecho Constitucional*, al comentar el intento de los habitantes de la ciudad de Kent, en Inglaterra, en 1701, donde ejercitaron el derecho de petición al Parlamento, ver Pérez Royo: ob. cit., p. 37.

[73] García Pelayo distingue la iniciativa que se hace acompañar de un proyecto y la denomina "iniciativa formulada", pero, si es una simple invitación a las autoridades a que legislen sobre determinada materia, entonces, la califica como "iniciativa simple". García Pelayo: ob. cit., p. 183.

[74] Ver Baramendi, *et al.*: ob. cit, p. 13.

[75] Baramendi, *et al.*: ob. cit., p. 84.

[76] Vega Vega: ob. cit., p. 253.

junto con el Estado, esto se deduce de los requisitos que hoy exige el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, su actual norma de desarrollo.

La iniciativa legislativa popular en Cuba es de tipo formulada, se exige que los solicitantes acompañen el proyecto de ley con una extensa y exhaustiva fundamentación desagregada en varios aspectos de facticidad económica, social y legal[77]. Otro requisito obliga a los promoventes a realizar las coordinaciones con los órganos y organismos que deben cumplir o hacer cumplir las regulaciones propuestas y mostrar en el escrito de solicitud sus resultados, antes de presentarla[78]. No se conoce qué ocurriría si los órganos u organismos se opusieran al contenido de la iniciativa, o sea si tal acción de coordinación es de medio o de resultado, si fuese lo primero, no sería relevante, de lo contrario quedaría enclaustrado en los designios o intereses de las estructuras estatales.

Por último, llama también la atención que se exija a los solicitantes acreditar sus firmas y su capacidad para ejercer el sufragio activo y pasivo en declaración jurada ante notario público[79], lo que significa que esa expresión del derecho de participación no es gratuita. Respecto a esto último, lo racional sería que el Estado habilitase puntos de recolecta de firmas de fácil acceso para los ciudadanos, en los que agentes electorales habilitados para la ocasión, garanticen la fidelidad e idoneidad de las firmas, sin costo alguno, en un horario flexible y con la debida publicidad. Algunas prácticas foráneas muestran acciones de colaboración por parte del Estado ante las iniciativas legislativas, que incluso llegan al apoyo económico[80]. La cantidad de firmas exigidas para la iniciativa (10.000), está dentro de los porcentajes más bajos en América Latina y Europa. Por último, la presentación del proyecto de ley aun cuando llenase todos los extremos

[77] Ver artículo 63 del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular donde se regula que los promoventes deben consignar en la iniciativa las relaciones que son objeto de regulación jurídica, sus objetivos y 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; así como las condiciones y mecanismos necesarios que garanticen la aplicabilidad, la efectividad, el cumplimiento y el control de la disposición jurídica cuyo proyecto se presenta. Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, G. O., n° 47, 27 de diciembre de 1996.

[78] Ver artículo 63, acápite 6, *ibídem.*

[79] Ver artículo 64, *ibíd.*

[80] Ver Hevia de la Jara, Felipe: "La iniciativa legislativa popular en América Latina" en *Convergencia*, Vol. 17, Núm. 52, enero-abril, Universidad Autónoma del Estado de México, México, p. 163.

de los exigentes requisitos del artículo 63 del Reglamento de la Asamblea Nacional puede ser desestimado por la Asamblea Nacional[81].

El primer y único intento de iniciativa legislativa popular bajo la regencia de la Constitución de 1976 se dio en el 2002. Oswaldo Payá, al frente de uno de los denominados grupos de la disidencia en Cuba, con apoyo logístico de la Oficina de Intereses de los Estados Unidos en Cuba y de algunos gobiernos de la Unión Europea, presentó a la Asamblea Nacional una iniciativa legislativa popular, bautizada como "Proyecto Varela", que por su contenido trascendía a la Constitución.

Las propuestas del Proyecto Varela consistían en derechos a la libre expresión y asociación; amnistía a los encarcelados por motivos políticos y libertad a los detenidos por practicar Derechos Humanos que las leyes actuales no reconocen; derecho de los cubanos a formar empresas tanto de propiedad individual como cooperativa; y una nueva ley electoral, que modificara la nominación de los candidatos y el propio sistema de elección de los mismos[82]. En ese escrito se solicitaba a la Asamblea además, que sometiera a consulta popular, mediante referendo, cada una de las propuestas. Esto último si bien desbordaba los límites legales de la iniciativa legislativa en Cuba, al no contar con apoyatura en las normas que la reglamentaban, trataba de estimular a la Asamblea para que hiciese uso de su facultad de convocar a referendo, según lo preceptuado constitucionalmente, se pretendía vincular un mecanismos de democracia directa "desde abajo" con otro "desde arriba" para buscar la vinculación legal del resultado.

El "Proyecto Varela" no cumplía con algunos de los requisitos que establece el Reglamento de la Asamblea Nacional. No se dio una respuesta oficial, al menos de carácter público, dos de las cuestiones de forma que pudieron motivar la desestimación de la solicitud, pudieron ser lo relativo a la necesidad de que los promoventes validasen todas las solicitudes ante notario público, y que se consignase en la fundamentación el resultado de las coordinaciones hechas con los órganos y organismos estatales que estaban involucrados con la materialización de las propuestas.

Con posterioridad al Proyecto Varela, se materializó en Cuba la reforma constitucional del 2002, mediante la cual se introdujo una cláusula de intangibilidad o cláusula pétrea como también le reconoce la doctrina constitucional. Con esta cláusula el sistema social, (¿económico?[83]), político, social reconocidos en nuestra Constitución son irreversibles.

---

[81] Ver artículos 67 y 68 inciso c, del Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, ob. cit.

[82] Ver De la Cuesta, Leonel A.: *Constituciones cubanas*, Miami Alexandria Library Incorporated, 2007, pp. 519-531.

[83] La duda tiene su basamento que en el artículo 137 de la Constitución reformada se le refiere y en el último párrafo artículo 3 y la Disposición Especial queda omitido, ver artículos

Con la reforma del 2002 dos instituciones de democracia directa quedaron en dudas respecto a su alcance, una fue la iniciativa legislativa y la otra el plebiscito. La iniciativa de reforma constitucional, según el procedimiento de reforma previsto (art. 137), parecía tenerla únicamente la Asamblea Nacional, pero la propia constitución reformada formalizó un sujeto distinto al declarar su Disposición Especial que "El pueblo de Cuba casi en su totalidad, expresó [...] su más decidido apoyo al proyecto de reforma constitucional propuesto por las organizaciones de masas en asamblea extraordinaria de sus direcciones nacionales"[84]. Con esta declaración se reconoció iniciativa de reforma constitucional a las direcciones de las Organizaciones Sociales y de Masas (OSM). Esto último trasciende a considerar (o reconsiderar) si en Cuba 10.000 ciudadanos tienen iniciativa para reformar la constitución, como un MDD iniciado "desde abajo", sin efecto vinculante. En Cuba la iniciativa legislativa regulada en el artículo 88 constitucional la tienen 10.000 ciudadanos, pero también la tienen las direcciones nacionales de las OSM y la Central de Trabajadores de Cuba (CTC), por lo tanto al legitimarse la segunda para la reforma de la constitución pudo haber quedado legitimada también la primera, desde una interpretación (por transitividad) de la Constitución. No obstante, desde finales de los 70, Álvarez-Tabío había reconocido la existencia de una iniciativa popular de reforma constitucional[85]. Esta importante cuestión todavía sigue sin zanjarse por la doctrina constitucional cubana, y requerirá en su momento una interpretación oficial del precepto constitucional, o seguirá respondiendo a soluciones de coyuntura política.

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional calificó de proceso plebiscitario el hecho de que la reforma del 2002 haya tenido como precedentes la iniciativa de las OMS, la manifestación de apoyo en actos y marchas en todo el país de más de nueve millones hayan, y la recolecta de 8 198 237 de firmas, de manera voluntaria y pública para ratificar el contenido socialista de la Constitución. Esto ha traído consigo cierta confusión entre plebiscito y actos de naturaleza plebiscitaria, que es en definitiva como deben caracterizarse esas muestras de apoyo popular, no se puede confundir la institución en sí con todos sus extremos jurídicos (uno de ellos el voto libre y secreto para configurar una institución de democracia directa), con su esencia (institución consultiva al pueblo) o con sus efectos (decisión popular para aceptar o rechazar una propuesta con trascendencia político-jurídica de lege ferenda).

137, 3 y Disposición Especial de la Constitución de la República. G. O. no 3, 31 de enero de 2003.

[84] Ver Disposición Especial, Constitución de la República de Cuba, G. O. no 3, de 31 de enero de 2003.

[85] Ver Álvarez-Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución socialista.* La Habana, Ciencias Sociales, 1988, p. 426

V- La revocatoria de mandato

Entre las instituciones de democracia directa, la revocatoria popular de mandato, cuya finalidad es remover a la autoridad del poder público del Estado electa antes de que expire el plazo constitucional de su mandato, constituye la máxima sanción que se puede imponer a los representantes y sin lugar a dudas, significa el máximo "empoderamiento" de la ciudadanía. No obstante aspirarse a través de ella a una equilibrada relación entre representantes y representados en el terreno político, o lo que es lo mismo, entre el pueblo (la ciudadanía) y sus "gobernantes" (los representantes del poder político) podría decirse que es la institución de más difícil inserción en la lógica jurídica de la representación política debido a la generalización del mandato libre o representativo, y a la propia lógica electoral que imprime la lógica electoral de la circunscripción electoral a los fines elección-representación.

Los orígenes de la revocatoria popular de mandato se remontan a Roma, cuando Octavio Tribuno fue revocado por vetar una ley del senado en el año 133 A.C.[86]. Esta institución siempre ha estado asociada a la relación ideal de los hombres con sus gobernantes, ya en La ciudad del sol, Campanella la concebía en su utópico gobierno[87]. Friederich la enmarcó con reservas en la Revolución Francesa al afirmar: "El Comité de Salud Pública afirmaba actuar en nombre del pueblo porque se suponía que sus miembros estaban sometidos a revocación por parte de aquél. Desgraciadamente, era bastante obscuro por qué procedimiento podía actuar ese pueblo, ya que todos los adversarios del Comité caían enseguida bajo la guillotina"[88].

Para la teoría euroccidental la revocatoria de mandato merece poco interés por su relativa incompatibilidad con el régimen parlamentario predominante, tal vez por ello ha sido una de las instituciones de Derecho público sobre la se ha teorizado poco. García Pelayo la define como aquel "derecho de una fracción del cuerpo electoral a solicitar la destitución de un funcionario de naturaleza electiva antes de expirar su mandato, lo cual se llevará a cabo mediante decisión tomada por el cuerpo electoral y con arreglo a determinada propor-

[86] Ver Plutarco: *Las vidas paralelas*, citado por Qvortrup Matt: "La experiencia estadounidense de 1776 hasta el 2012" en Welp, Yanina y Serdült, Uwe: *La dosis no hace el veneno. Análisis de la revocatoria en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Instituto de la Democracia, Ecuador, 2012, p. 209.

[87] "Siempre que el pueblo lo pide, todos los magistrados –a excepción de los cuatro primeros- son reemplazados, a no ser que ellos mismos, luego de celebrar una consulta entre sí, cedan su cargo a la persona tenida por más sabia, más inteligente y de costumbres más puras que ellos." Campanella, Tomas: *La Ciudad del Sol*, Ciencias Sociales, La Habana, 1974, p. 68.

[88] Friederich, Carl: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, Fondo de Cultura Económica. México, 1946, p. 519.

ción mayoritaria"[89]. Por otra parte, Domínguez Nassar señala que el *recall* es la facultad concedida al pueblo para promover o lograr la destitución o revocatoria de la representación de un funcionario o elegido, cuando este se conduzca en sus funciones en forma contraria a los intereses populares o del estado en general[90].

La revocatoria de mandato, antes de marcar su impronta en América Latina, debe asociarse fundamentalmente al aberrufungsrechte del modelo helvético y al recall de algunos estados de Norteamérica. El primero fue introducido por primera vez en la Constitución de Berna de 1846. Esta institución puede recaer en contra de las autoridades legislativas y ejecutivas. En el primero de los casos, no a la manera de peticionar la revocación de un miembro del legislativo en particular, sino a fin de disolver el órgano en su totalidad.

El recall como mecanismo de control de la gestión política de los funcionarios públicos electos fue un reclamo que apareció posterior a la Guerra Civil en los Estados Unidos. Primero apareció en las municipalidades, siendo la ciudad de Los Ángeles la pionera en su introducción, y más tarde en los estados, entre los cuales Oregon fue el primero en su introducción a ese nivel. En la actualidad 18 estados reconocen la revocatoria para miembros de la asamblea y gobernadores[91], aunque en otros estados puede hacerse extensivo a diputados al Congreso, jueces y otros funcionarios del estado. Cronin apunta: "El recall es usado ocasionalmente contra funcionarios electos estadales. Solo un gobernador y un puñado de funcionarios electos a nivel de estado han sido revocados"[92].

Otra asociación importante de la revocatoria de mandato se puede encontrar en el Decreto de 4 de diciembre de 1917 elaborado por Lenin a raíz de la instauración de los soviets en el poder político. Para Lenin la regulación del derecho de revocación daría un vuelco a la vieja democracia burguesa, respecto a ello decía: "[...] ese derecho de representación está limitado, porque, si bien es cierto que el pueblo tiene derecho a votar una vez cada dos años, ocurre con frecuencia que sus votos llevan al Parlamento a hombres que ayudan a aplastar al pueblo mismo, y éste carece del derecho democrático de destituirlos de sus puestos, de tomar medidas eficaces para poner fin a sus acciones"[93].

La Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas consagró este principio en el segundo párrafo del artículo 107 en los siguientes términos: "El diputado que no justificare la confianza de los electores podrá ser revocado, en cualquier momento, por decisión de la mayoría de éstos, con arreglo al pro-

---

[89] García Pelayo: ob. cit., p. 184.

[90] Ver Domínguez Nassar, Jorge: *El Estado y sus instituciones*, Repromul S.R.L., Valencia, 1979, p. 283.

[91] Ver Qvortrup: ob. cit., pp. 211 y 212.

[92] Cronin, Thomas E.: *Direct democracy. The politics of iniciative, referendum and recall*, Harvard University Press, 1999, p. 127.

[93] Lenin, Vladimir Ilich: *La democracia socialista*, Editorial Progreso, Moscú, p. 34.

cedimiento establecido por la ley"[94]. El derecho de revocación también quedó reconocido en la Constitución o leyes electorales de otros países socialistas.

Para la Teoría política, la revocatoria o recall ha tenido su propia tipología, en dependencia de si la ciudadanía interviene solo en la consulta donde se decide la revocación, pero sin derecho a solicitarla, o en ambas, al primer supuesto se le ha denominado *mixed recall* (revocatoria mixta), mientras que al segundo *full recall* (revocatoria completa)[95].

V.I La revocatoria de mandato en Cuba

En el marco de la Constitución de 1976, el término «revocatoria de mandato» ha englobado tanto a la revocatoria popular de mandato, propiamente dicha, es decir aquella que ha involucrado a los electores únicamente en la consulta decisoria o en ambas, como a una revocatoria (remoción propiamente dicho) con muchas similitudes con el impeachment[96]. Esta realidad pone al descubierto los límites de la regla de la democracia socialista prescrita en los incisos b y c del artículo 68 de la Constitución vigente[97] que, respectivamente, establecen el control popular de los órganos, representantes y funcionarios, y la revocabilidad de los elegidos en cualquier momento: la centralidad de un municipio poco descentralizado, y una asamblea municipal que funge como eje transmisor de los impulsos revocatorios de la ciudadanía, han atentado contra la misión democrática de esta institución, en los límites de la Constitución de 1976.

La "revocatoria" de los delegados provinciales únicamente ha podido ser sustanciada (solicitada y decidida) por el 25% de los delegados municipales de la asamblea, correspondiente a la circunscripción electoral por la cual resultó electo el revocable. Si el delegado provincial ostenta doble representación, antes de que la Asamblea Municipal pueda decidir la revocación, interviene una Comisión especial de Ética quien puede también paralizar el proceso revocato-

[94] Ver Constitución (Ley Fundamental) de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Editorial Progreso, Moscú, 1976.

[95] Baramendi *et al.*: ob. cit., p. 130.

[96] La revocatoria de mandato descrita en esos extremos, actualmente se encuentra regulada en la Ley No. 89 "De la revocación de mandato de los elegidos a los órganos del Poder Popular", G. O. No. 62, de 23 septiembre 1999. No fue hasta siete años después de la reforma constitucional de 1992 que se reguló en una ley independiente, antes se había hecho en las leyes electorales 1305 y 37 de los años 1976 y 1982, respectivamente.

[97] Antes de la reforma, estas reglas de la democracia socialista, eran dos principios de la democracia socialista que regían la organización y funcionamiento de los órganos estatales, ver artículo 66 de la Constitución de la República de Cuba, G. O. Edición Especial, de 24 septiembre 1976.

rio[98]. Similar consecuencia tiene si el delegado municipal al cual se le solicitó la revocación es delegado provincial o diputado a la nación[99].

Por su parte los miembros del Consejo de Estado han podido ser revocados por un diputado de la Asamblea Nacional o por el propio Consejo de Estado. En ambos casos uno y otro órgano fungen como instancia intermedia en el proceso de revocación, con la facultad de considerar que no procede la revocación y dar por terminado el proceso[100].

La revocatoria de mandato, única que se sustancia con participación popular puede ser de tipo *mixed* cuando es iniciada por otro delegado de la Asamblea Municipal o *full* cuando el 25% de los electores de la correspondiente circunscripción electoral solicitan y deciden la revocación[101].

VI- A modo de conclusión

En la actualidad el análisis de las instituciones de democracia directa ha quedado compartido entre el Derecho constitucional y la Teoría política, sin embargo, esta última ha puesto más énfasis en la capacidad de autogobierno que se logra desde la puesta en práctica de esas instituciones, por eso ha sido más exigente en su delimitación conceptual. Desde hace un tiempo se pone en evidencia que no existen criterios uniformes sobre todos los instrumentos participativos que deben ser considerados mecanismos de democracia directa, a partir de la variada tipología que presentan algunos y la preocupación de que sean verdaderas herramientas de autogobierno, en ese sentido, el Derecho constitcuional seha mantenido al margen.

No obstante el concepto mecanismos de democracia directa -propio de la Teoría política-, los instrumentos participativos que se engloban dentro de él y los requisitos que exigen para su configuración, que hoy propugnan sus exponentes, no solo tributa en mayor medida, al ejercicio de la democracia directa sino también al empoderamiento ciudadano, a la generación de una ciudadanía más activa, a la obtención de consensos cuantitativamente verificables, a la socialización de las políticas públicas, y a la simetría entre los ciudadanos y los que ejercen el poder, entre otros efectos positivos deseados.

La visión amplia de la democracia directa que ha tenido en Cuba no puede confundirnos y evitar que se haga un análisis crítico de las instituciones de democracia directa que la integran. Sin ánimo de minimizar el papel que juegan

[98] Ver artículos 24 y 25, Ley n° 89, ob. cit.

[99] Ver artículo 10, incisos e, f y g, Ley n° 89, ob. cit.

[100] Ver del Capítulo VII, el artículo 53 en coordinación con los artículos 47, 49 y 50, y del mismo Capítulo el 56. específicamente, Ley n°. 89, ob. cit.

[101] Ver artículos 9 al 21, Ley n°. 89, ob. cit.

otras formas de participación popular en Cuba (la consulta popular, por ejemplo), el epicentro de la democracia directa lo constituyen aquellos mecanismos o instituciones que se canalizan a través del voto.

Desde una concepción restringida de estas instituciones o mecanismos el ordenamiento jurídico cubano reconoce únicamente al referendo de tipos facultativo y preceptivo -este último restringido a tópicos específicos relacionados con la reforma de la constitución-, y a la revocatoria de mandato, circunscrita al nivel municipal; desde una concepción amplia se adicionaría la iniciativa de agenda.

En Cuba la única consulta popular que se ha realizado en las urnas, en 1976, ha tenido naturaleza plebiscitaria, y durante la vigencia de la Constitución de 1976 no se ha puesto en práctica el referendo ni el plebiscito, no obstante que el primero debió usarse cuando la reforma constitucional de 1992. La iniciativa legislativa popular es una iniciativa de agenda, y su única manifestación con El "Proyecto Varela", trató de desbordar el 88 g constitucional en objetivo, carácter y naturaleza. En este sentido, por último, la revocatoria de mandato no significa siempre revocatoria popular de mandato, tal como hace entender la Constitución vigente en algunas de sus normas. Tanto para una concepción amplia como para una restringida el ejercicio del voto libre y secreto es elemento configurativo de las instituciones o mecanismos de democracia directa, por lo tanto, la recolecta de firmas acaecida en el 2002 durante la última reforma a la Constitución de 1976 no fue un plebiscito.

Evolução do controle de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro*

Edilson Pereira Nobre Júnior**

Sobre os objetivos deste escrito

A caminhada para a supremacia da constituição é longa, sendo feita, de forma paulatina, com passos para o futuro, mas que, em nenhum momento, desprezam o passado, no qual, alternando-se a calmaria e a turbulência, foi travada a luta –eterna, aliás– de Sísifo.

Daí que, em se considerando que o Estado constitucional é indissociável do respeito à Constituição, afigura-se de importância que se proceda a uma investigação, considerada a escolha de um sistema jurídico específico, qual seja aqui o brasileiro, e doravante se analise como se desenvolveu –e vem se desenvolvendo– o controle de constitucionalidade.

Com isso, torna-se possível examinar a relação entre o tempo, o texto e a realidade constitucional. É que o sentido das normas –e as da Constituição, em face de seu colorido político– é fixado, e tem os desdobramentos, de acordo com uma base cultural, a qual não é estática. O ambiente constitucional (*l'air du temps*), portanto, é essencial.

Não se olvidará, na execução da tarefa, a observação de Paulo Bonavides, para quem os textos constitucionais, quando elaborados numa mesma época, bem assim com lastro nos mesmos ideais, guardam semelhanças. Eis, a respeito, as palavras do mestre: "As Constituições são como dinastias: têm as suas linhagens. De tal sorte que seus troncos se ramificam por distintos Estados no

---

* Inédito, este escrito condensa substancialmente exposição do seu autor, no dia 10 de setembro de 2015, no I Simpósio Brasil-Cuba de Derecho Público, o qual teve lugar no Salão de História da Faculdade de Direito da Universidade de Havana, Cuba.

** Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), instituição na qual cursou Mestrado e Doutoramento em Direito Público. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Segundo ocupante da Cadeira Dezesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN).

tempo e no espaço. Conservam um parentesco, quase sempre de carácter ideológico comum, que faz levantar do solo político, onde deitam as suas raízes, a árvore constitucional da liberdade e das competências dos poderes limitados".[1]

De igual maneira, a imbricação inexorável entre texto e realidade, antes ressaltada, impõe que a análise se espraie além do conteúdo semântico das normas de cada fase constitucional, visto isoladamente, reclamando a menção a situações onde o enunciado posto diante do intérprete implicou no reconhecimento da superioridade deste, em virtude da riqueza de seu potencial interpretativo. De conseguinte, ganham relevo as inovações que fez a jurisprudência no desenvolvimento dos comandos constitucionais.

A sorte, pois, está lançada!

No início, uma ausência de controle?

O escritor, na atenta observação do mundo ao seu redor, retrata fatos, circunstâncias, lugares, tais como os vivenciou. Não nos surpreende, portanto, que naquela que porventura foi a sua última crônica política, publicada na coluna "A Semana", editada pelo jornal *Gazeta de Notícias*, no dia 13 de dezembro de 1896, e que mereceu reedição pelo Senado Federal,[2] Machado de Assis tenha enfatizado, a propósito de discussão sobre a aprovação de tributos a serem pagos pelas companhias teatrais, mais precisamente sobre a distinção de tratamento ou igualdade tributária entre as companhias nacionais e estrangeiras, que referida arte teatral não era propriamente brasileira nem estritamente francesa, mas sim franco-brasileira, da mesma forma que a língua por ela utilizada não poderia se atribuir exclusivamente a Voltaire nem inteiramente a Alencar, consistindo num terceiro organismo feito com partes de ambas.

Esse traço, extraído da literatura, pode ser compreendido de forma mais ampla, a demonstrar a enorme influência que, entre nós, a cultura granjeou no século XIX. Isso nos mais diversos segmentos, sendo marcante aquela que se verificou em nossas instituições jurídicas e políticas.

Octacílio Alecrim[3] afirma e realça esse influxo, principiando por dizer que decorreu pelo fato de que no Brasil, ao final do período colonial, o estudo da ciência política era praticamente algo desconhecido, seja porque aqui não havia uma só tipografia, ou mesmo uma universidade, mas também porque a vigilância real, na defesa do absolutismo, impedia qualquer manifestação livre de

---

[1] Bonavides, Paulo: "Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos", in Miranda, Jorge (org.): *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, vol. I, pp. 48-49.

[2] Machado de Assis: *O velho Senado*, Senado Federal, Brasília, 2004, pp. 71-78.

[3] Alecrim, Octacílio: *Ideias e Instituições no Império – Influências Francesas*, Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1953, pp. 18-51 e 103-119.

pensamento, chegando uma provisão de 14 de outubro de 1808 a proibir nas alfândegas o desembaraço de livros e papéis impressos sem a prévia licença do Desembargado do Paço, punindo a conduta infratora com prisão e multa.

Daí esclarece que a elaboração da primeira constituição para o Brasil, a qual foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, mas que foi elaborada pelo recém-criado Conselho de Estado, bem como a inspiração que dominou a Constituinte instalada em 3 de maio de 1823, constituiu um trabalho de direito constitucional comparado, realizado à base da solidariedade por similitudes, no qual se sobressaiu a influência das linhas gerais da Constituição francesa de 1791, com a divisão do poder de legislar entre a nação e o monarca.[4] Não restou omisso em frisar que como difusor desses ideais muito contribuiu o exemplo das Cortes de Cádiz, com a promulgação da Constituição da Monarquia Espanhola de 17 de março de 1812, exemplo não só de uma reação ao invasor, mas acima de tudo um ato de nacionalismo ao adotar as diretrizes liberais, serviu para influenciar o comportamento dos Estados europeus e das colônias ibéricas na América do Sul.

A explicação para tanto –diz-nos o autor– decorreu, por uma parte, da aplicação do método histórico, pois a adoção da forma de governo francesa de 1791 (monarquia constitucional) pela Constituição de 1824 foi uma transplantação racional, correspondente às aspirações de um mesmo espírito político no espaço e no tempo (França, Espanha, Portugal e Brasil) e, de outro, pelo método sociológico, uma vez o absolutismo real ainda influenciar nossas condições políticas, sociais e econômicas.

A presença marcante do modelo francês se encontrou –e talvez com maior intensidade– pela Constituição de 04 de 1814, outorgada por Luís XVIII, após a queda de Napoleão. Não apenas pelo exemplo que se seguiu com a atitude de Pedro I, ao dissolver a constituinte, mas porque a Carta Imperial de 1824 contemplou, na divisão de poderes, o Poder Moderador, inspirando-se no *Pouvoir Royal*, de modo a assegurar, nas relações entre o Imperador e o Parlamento, posição privilegiada em favor daquele, o qual, dentre vários atributos, ostentava o da escolha de todos os integrantes do Senado, que eram vitalícios, a partir da elaboração de listas tríplices (art. 101, I).

A adoção do modelo francês, independente de ser o da Assembleia Constituinte de 1791, ou o da outorga da Carta Constitucional de 1814, ou ainda o da combinação deles, não propiciou o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade dos atos estatais.

---

[4] Isso pode ser demonstrado pelo confronto do texto do art. 1º da Seção III, Capítulo III, Título III, da Constituição francesa de 1791 e o art. 13 da Constituição Imperial de 1824. Segue o teor de ditas regras: "Art. 1º Os decretos do Corpo legislativo são apresentados ao Rei, que pode lhes recusar o seu consentimento" (Art. 1º - *Les décrets du Corps législatif sont prensetés au Roi, que peut refuser son consentement*). Art. 13. O Poder Legislativo é delegado à Assembleia Geral com a Sanção do Imperador. Disponível em: www.planalto.com. Acesso em: 31-07-2015.

Isso porque –bem o demonstra Dalmo de Abreu Dallari[5]– o constitucionalismo francês dos séculos XVIII e XIX, seguindo os trilhos da doutrina liberal, onde a liberdade era o bem supremo, ficando a igualdade num patamar secundário. No plano da ordem jurídica, o reflexo imediato foi a aprovação do Código Civil em 1804, o qual passa a ser visto como a expressão máxima do Direito, propiciando o surgimento da "idolatria da lei".

Com isso, a constituição se manteve num plano secundário, sendo encarada como documento de valor meramente político, ofuscada pelo Código Civil, o qual era o diploma guardião da liberdade e propriedade individual.[6]

Constituindo um reflexo desse cenário, a Constituição Imperial outorgada em 25 de março de 1824, conforme era de se antever, não dedicou, no conteúdo dos seus preceitos, uma margem que permitisse o desenvolvimento de um modelo de efetivo de controle de constitucionalidade, ainda que por órgão político.

Pelo art. 15, VIII, consagrava como sendo da Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pela dos Senadores (art. 14), não somente o atributo de fazer as leis, mas, ao mesmo tempo, de interpretá-las, de suspendê-las e de revogá-las.

Sendo a interpretação das leis, em caráter geral, da alçada do próprio legislador, não haveria como se aferir, por uma via segura, o respeito, por parte das normas legais, aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido, Pimenta Bueno,[7] com destreza, enfatizou que há duas espécies de interpretação, sendo elas a interpretação geral ou por via de autoridade

---

[5] Dallari, Dalmo de Abreu: *A Constituição na vida dos povos*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 104-109.

[6] No contexto da exposição do autor, merece destaque a passagem seguinte: "Apesar da estreiteza dessa teorização, que acabou gerando os qualificativos «legicentrismo» e «positivismo jurídico», ela teve muitos seguidores e contribuiu para a consagração do Código Civil como lei fundamental. Uma das consequências disso foi o retardamento, por mais de duzentos anos, do reconhecimento da natureza jurídica da Constituição, que durante muito tempo foi exaltada e utilizada na França como instrumento essencialmente político, definidor de uma forma de governo oposta ao absolutismo e síntese dos valores éticos e objetivos políticos de um povo. Nessa perspectiva, não se dava eficácia jurídica aos preceitos constitucionais, que eram vistos como diretrizes recomendáveis, sem o caráter geral e obrigatório de uma lei" (Dallari, Dalmo de Abreu: ob. cit., pp. 108-109). O autor revisitou, com maior densidade, esse aspecto adiante, mais precisamente às páginas 219-228.

[7] Num didatismo digno de nota, foram as palavras do autor: "85. Interpretar a lei por via de autoridade ou via legislativa, por medida geral, abstrata ou autêntica, termos que são equivalentes, é determinar legítima e competentemente qual o verdadeiro sentido ou disposição que a lei encerra, e que deve ser observado sem mais dúvida ou hesitação, é em suma estabelecer o direito. Esta interpretação pertence essencial e exclusivamente ao poder Legislativo, não só pela determinação expressa e categórica do artigo constitucional que desenvolvemos e do Ato Adicional, art. 25, como pela natureza de nosso governo, divisão e limites dos

e a interpretação por via de doutrina judicial. Quanto à interpretação da lei por via de autoridade, por medida geral, também chamada de autêntica, há de competir com exclusividade ao Legislativo.

É certo que, no art. 15, IX, consta a previsão de que à Assembleia Geral cabe velar pela guarda da Constituição. No entanto, tal competência, cujo exercício foi explicitado mais adiante, pelo art. 173, não era dotada do necessário caráter vinculativo.

Isso porque, consistindo, no entender de PIMENTA BUENO,[8] em relatórios a serem levados a cabo por comissões das Câmaras, dando conta de infrações praticadas por algum ministério no intervalo das suas sessões que, além de parecer não atentarem para a prática de atos legislativos contrários ao texto magno, não seriam dotados de força coercitiva, situando-se antes no campo dos corretivos à consciência política dos infratores.

De outro lado, o Poder Judicial, na linha do art. 151, estava encerrado à solução de controvérsias, de natureza cível, entre particulares, e à apuração de fatos criminosos. Nem mesmo os conflitos de interesse entre a Administração e os cidadãos àquele era dado conhecer, uma vez submetidos a um embrionário e ineficaz contencioso administrativo.

Tal não decorria somente da letra do dispositivo constitucional, mas também do entendimento que, com base nesta, expressou a doutrina.[9] Não se quer afirmar, com isso, que ao Judiciário tocava uma pura e literal aplicação da lei. A este não se desconhecia um apanágio interpretativo, indissociável do juiz diante pelo seu contato com a realidade, para o fim de estender, esclarecer e, nalguns casos, suprir as lacunas da lei, mediante o recurso aos princípios gerais do Direito, à equidade e aos costumes.

Quanto à ideia de inconstitucionalidade das leis e de outros atos estatais, a consciência de então se mantinha praticamente alheia, de modo que essa não constituía preocupação assente do Legislativo nem sequer dos juízes.

Houve, no período, quando muito, manifestações escassas, longe de representar o embrião de uma teoria.

---

poderes políticos. Sem dúvida que quando isso não fosse mais que expresso, ainda assim mesmo resultaria dos princípios constitucionais como uma consequência e necessidade indeclinável" (PIMENTA BUENO, José Antonio: "Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império", in KUGELMAS, Eduardo (org.): *Coleção Formadores do Brasil*, 1ª ed., Editora 34, São Paulo, 2002, pp. 130-131).

8 Ídem, p. 170.

9 A lição de PIMENTA BUENO é elucidativa: "452. O poder Judiciário deduz seu nome de sua própria missão; é ele quem examina a natureza e circunstâncias dos fatos, ou questões de interesse privado e as disposições das leis, ou direito respectivo, e determina, julga, declara quais as relações que vigoram entre essas questões e o direito. Sua atribuição ou missão consiste entre pois em conhecer das contestações dos direitos ou interesses que se suscitam entre os particulares, e em punir os fatos criminosos pela aplicação das leis civis e penais" (Ídem, p. 403).

Uma delas foi uma oposição do Estado de Pernambuco contra a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823 por parte do Imperador D. Pedro I, bem como pela redação a mando deste de projeto de constituição, tornada célebre em pronunciamento do frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Este, ao reluzir a ilegitimidade das bases da futura carta constitucional brasileira, com relevo ao poder moderador, bem assim ao próprio ato de outorga, a partir de um confronto com os valores do constitucionalismo de então, pode ser capaz de expressar um esboço do que, mais recentemente, veio a denominar-se de inconstitucionalidade das normas constitucionais.[10]

Também alheia ao Judiciário, outra discussão teve seu início com a recusa do então Coletor de Rendas Gerais do Município de Resende em matricular alguns escravos em nome de José Pereira da Silva Porto.

O fato decorreu de haver referido senhor deixado de matricular, no tempo devido, vários escravos, sendo então compelido a intentar, para esse fim, demanda, nos termos do Regulamento de 01 de dezembro de 1871, obtendo sentença favorável, a qual não foi objeto de confirmação em segundo grau pela ausência da interposição de apelação *ex officio*. Por essa razão, o coletor consultara sobre a possibilidade ou não de ser realizada a matrícula em comento.

A dúvida residia na seguinte circunstância: nas ações promovidas pelos escravos, com vistas ao reconhecimento de sua liberdade, e que observava o rito sumário da Lei 2.040, de 28 de setembro de 1871, havia explícita previsão de apelação *ex officio*, quando a sentença fosse contrária à liberdade, julgando improcedente o pedido. Por sua vez, quanto à ação ordinária, ajuizada pelo proprietário segundo o art. 19 do Regulamento de 1º de dezembro de 1871, julgado procedente o pedido, não existia previsão de recurso obrigatório. Indagava-se: tal decisão, a despeito de proferida no âmbito de ação proposta pelo senhor, e não pelo escravo, ao acolher o pleito daquele, deveria ou não ser também considerada sentença contrária à liberdade, tal como frisado pelo art. 7º da Lei 2.040, e, portanto, comportar apelo *ex officio*.

---

[10] Dignas de transcrição as palavras do religioso: "O poder moderador" não era, como dizia o projeto, "a chave de toda a organização política", mas, sim, "a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos". Noutro ponto, impugnando a postura absolutista do imperador, acentuou que este "não é a nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de constituição e apresenta-los, não vinha o projeto de fonte legítima, e por isso se o devia rejeitar por *exceção de incompetência*. Muito principalmente quando vemos que estava a representação nacional usando de sua soberania em constituir a nação, e Sua Majestade, pelo mais extraordinário despotismo e de uma maneira a mais hostil, dissolveu a soberana Assembleia e se arrogou o direito de projetar constituições". As passagens constam de registro valioso histórico de Aurelino de Araújo Leal (*História constitucional do Brasil*, edição fac-similar, Senado Federal, Brasília, 2002, pp. 132 e 133). A edição original recua a 1915.

Durante o seu trâmite, a matéria foi submetida à Segunda Seção da Diretoria de Agricultura, onde teve a sua solução alvitrada por MACHADO DE ASSIS, bacharel em Direito que àquele momento principiava no meio literário, o qual exarou parecer, em 21 de julho de 1876, no qual concluíra que a questão deveria ser decidida com a preponderância da liberdade, que norteava o espírito da legislação, sobre o da propriedade, sem contar que, na mesma assentada, acentuou preocupação com a igualdade, ao rejeitar a possibilidade de distinção de tratamento. Pode-se equiparado, sem muito favor, à modelagem de uma proposição aditiva, à medida que, por força da isonomia, propõe-se estender o recurso necessário uma situação não prevista em lei, mas que guarda semelhança com outra que assim é provida.

O entendimento foi ratificado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado em 20 de outubro de 1876.[11]

---

[11] Análise descritiva do caso é apresentada por Lenine NEQUETE, a partir da qual é possível se transcrever trecho substancial do opinativo do autor de Dom Casmurro, a saber: "Pergunta-se – Das sentenças que, na hipótese do art. 19, forem contrárias à liberdade, cabe apelação *ex-officio*? Minha resposta é afirmativa. Para responder de outro modo, fora preciso fazer entre os dois casos uma distinção que não existe, e que, a meu juízo, repugna ao espírito da lei. O argumento principal que acho nestes papéis, favorável à negativa, é que as causas de que trata o art. 19 do Regulamento não são a favor da liberdade, isto é, não são propostas pelo escravo, mas pelo senhor, a favor da escravidão, entenda-se, a favor da propriedade. Essa diferença não é radical, mas aparente e acessória. As causas do art. 19 é certo que não as propõe o escravo, mas o senhor; não têm por objeto imediato a libertação, mas a prova da propriedade do senhor e da força maior que deu lugar à falta de matrícula. Mas em que é que tal diversidade de origem pode eliminar o objeto essencial e superior do pleito, isto é, a liberdade do escravo? Importa pouco ou nada que o recurso à justiça parta do escravo ou do senhor, desde que o resultado do pleito é dar ou retirar a condição livre ao indivíduo nascido na escravidão. Acresce que, na hipótese do art. 19, a decisão é contrária à liberdade adquirida, anula um efeito da lei, restitui à escravidão o indivíduo já chamado à sociedade livre; neste, como no caso do art. 7º da Lei, é a liberdade que perece, em favor dela deve prevalecer a mesma disposição. Na diferença entre *ação sumária* (art. 7º da Lei) e *ação ordinária* (art. 19 do Regulamento) não estará, penso eu, a razão da diferença para a aplicação do recurso de que se trata. Ser sumário ou ordinário o processo, suponho que apenas lhe diminui ou multiplica os trâmites, circunstância alheia ao ponto litigioso. Outrossim, convém não esquecer o espírito da Lei. Cautelosa, equitativa, correta, em relação à propriedade dos senhores, ela é, não obstante, uma lei de liberdade, cujo interesse ampara em todas as suas partes e disposições. É ocioso apontar o que está no ânimo de quantos a têm folheado; desde o direito e facilidades de alforria até a disposição máxima, sua alma e fundamento, a Lei de 28 de setembro quis, primeiro que tudo, proclamar, promover e resguardar o interesse da liberdade. Sendo este o espírito da lei, é para mim manifesto que num caso como o do art. 19 do Regulamento, em que, como ficou dito, o objeto superior e essencial é a liberdade do escravo, não podia o legislador consentir que esta perecesse sem aplicar em seu favor a preciosa garantia

A construção de um modelo

Se a ambiência política vivenciada no Império inviabilizou a formulação não somente da concepção de inconstitucionalidade, mas, além disso, a da tentativa voltada para a edificação de um modelo de controle da compatibilidade dos atos dos poderes constituídos à constituição, o panorama fático propício para tanto adveio com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889.[12]

Isso porque os Constituintes de 1891, não podendo adotar o figurino inglês e francês, em face da incompatibilidade que estes mantinham com o regime político escolhido, não tiveram alternativa senão a de buscar inspiração que uma centúria antes influenciara os Estados Unidos.

As razões para tanto eram de várias ordens. O então inquebrantável dogma da supremacia do Parlamento na Inglaterra impedia o exame da legitimidade dos atos da legislatura. Por sua vez, o modelo republicano francês, reimplantado ao depois da queda do Segundo Império em 1870, ainda estava à prova de seu êxito, sem contar que, plasmando-se pelo sistema parlamentarista de governo, contrastava com o presidencialismo, aqui adotado.

Remanescia, então, a inspiração no sistema jurídico norte-americano, o qual traçara, com pioneirismo e estabilidade, as estruturas de um governo republicano, bem assim de um Estado federativo, instituições que impulsionaram o movimento que culminou com a derrocada da monarquia.

Os traços do paradigma constitucional delineado pelos Estados Unidos, embora principal e necessariamente aqui se refletissem na república e na federação, espraiaram-se também para que se permitisse visualizar uma distinção entre as manifestações do poder constituinte daquelas emanadas dos poderes constituídos.

A lição de Hamilton, versada no Capítulo LXXVIII do *Federalista*,[13] e que teve prosseguimento no *Marbury versus Madison* de 1803, instaurando, numa

---

indicada no art. 7º da Lei" (Nequete, Lenine: "Um parecer de Machado de Assis – Sobre a apelação necessária nas causas de liberdade", *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 41, número 171, pp. 36-37, janeiro/março de 1988).

[12] Abordamos o controle tema em trabalho específico (Nobre Junior, Edilson Pereira: "Controle judicial de constitucionalidade: o contributo da Constituição de 1891", *Historia Constitucional*, núm. 11, 2010, pp. 297-320. Disponível em: www.historiaconstitucional.com), do qual extraímos alguns pontos que entendemos de destaque.

[13] Hamilton, Alexander; Madison, James; Jay, John: *El federalista*, 2ª edição em espanhol, Fondo de Cultura Económica, Cidade do México, 2001, pp. 332-335 e 344-348. Prólogo e tradução de Gustavo R. Velasco.
A defesa do controle jurisdicional de constitucionalidade foi complementada, igualmente por Hamilton, no Capítulo LXXXI, destinado a afirmar a presença de uma Suprema Corte não integrante da legislatura, conforme o modelo então

perspectiva moderada, um controle judicial da validade das leis, tomando-se como parâmetro a constituição, vingou no texto de 1891.

Essa preocupação esteve presente, com relevo, em duas passagens inerentes ao Poder Judiciário. A primeira delas constou do seu art. 59, §1º, que, ao instituir entre nós o recurso extraordinário, prescreveu:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) §1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade das leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Ao comentar o preceito acima, §1º do art. 59 da Constituição republicana, o qual cogitava da indagação sobre a validade de tratados, leis, federais e estaduais, e atos dos governos dos Estados, João BARBALHO[14] se mantinha convicto em afirmar que aquele atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para aferir acerca da legitimidade constitucional do ato impugnado, ou seja, sua conformidade com a Constituição.

Noutro passo, a possibilidade do controle judicial de constitucionalidade estava no art. 60, alínea *a*, que, a pretexto de enumerar a competência da Justiça Federal, dispunha: "Art. 60. Compete aos juízes ou Tribunais Federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal".

Complementando a disciplina, acima transcrita, havia o art. 59.2, o qual, à míngua da criação de tribunais federais de segundo grau de jurisdição, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o apanágio de órgão recursal das decisões da justiça federal.

O fato da competência do Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, resultar da impugnação de decisões anteriormente proferidas por juízes e tribunais estaduais mostra, estreme de dúvidas, que a competência para a análise da constitucionalidade das leis não lhe era exclusiva, pertencendo, igualmente, aos demais órgãos do Poder Judiciário. Isto se reforça com a previsão da competência dos juízes federais para conhecer as causas nas quais se fundasse a pretensão, ou a resposta, em dispositivo da Lei Magna. Neste ponto inclusive o art. 13, §10, da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, era eloquente.[15]

---

praticado pela Grã-Bretanha, oportunidade em que ainda se sustentou ser indiscutível a competência do Congresso em organizar tribunais federais inferiores.

[14] BARBALHO, João: *Constituição Federal Brasileira (1891) - comentada*, Senado Federal, Brasília, 2002, p. 242. A publicação da obra recua ao ano de 1902.

[15] O preceito continha o teor seguinte: "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifes-

A inspiração norte-americana não permitia outra conclusão. Prova disso Amaro CAVALCANTI sustentou:

> O direito de resolver sobre a *constitucionalidade* de uma lei, tanto cabe ao Supremo Tribunal Federal, como aos tribunais e juízes inferiores, dentro da respectiva jurisdição. Onde quer que a questão for suscitada, o tribunal ou juiz deve pronunciar-se a respeito; porque o direito de aplicar a lei ao caso envolve necessariamente o de conhecer da validade ou legitimidade dela.[16]

O reconhecimento da competência difusa foi além da meditação doutrinária, tendo sido alvo de ênfase jurisprudencial. Assim que, à guisa de motivação do HC 410, julgado em 16 de agosto de 1893, no qual se deferiu ordem impetrada por Rui Barbosa para a soltura de Mário Aurélio da SILVEIRA, imediato do vapor Júpiter, o Min. FREITAS HENRIQUE frisou ser da competência do Judiciário como um todo dizer da validade, sob o prisma constitucional, das leis cuja aplicação é discutida.[17]

Com isso, evidentemente, não se quer dizer que o Supremo Tribunal Federal ostentava papel idêntico ao dos demais órgãos jurisdicionais no particular da competência examinada. Absolutamente. Seja pela relevância de sua competência originária, ou pela competência recursal última, àquele foi apontada função de guardião-mor da autoridade da Constituição, singularidade divisada pela doutrina de então,[18] sem contar importante função de velar pelo pacto federativo, firmando a harmonia entre os Estados e a União.

---

tamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição".

[16] CAVALCANTI, Amaro: *Regime Federativo e a República Brasileira*, Universidade de Brasília, , Coleção Temas Brasileiros, vol. 48, 1983, p. 203.

[17] Interessante transcrever a seguinte passagem do pronunciamento: "Que incumbe aos Tribunais de Justiça verificar a validade das normas que têm de aplicar aos casos ocorrentes e negar efeitos jurídicos àquelas que forem incompatíveis com a Constituição, por ser esta a lei suprema e fundamental do país; Que este dever não só decorre da índole e natureza do Poder Judiciário, cuja missão cifra-se em declarar o direito vigente, aplicável aos casos ocorrentes regularmente sujeitos à sua decisão, se não também é reconhecido no art. 60, letra 'a', da Constituição que inclui na competência da Justiça Federal o processo e julgamento das causas em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa em disposição constitucional; (...)". Os pronunciamentos jurisprudenciais citados, originários do Supremo Tribunal Federal, têm, com exceção do último deles, sua íntegra disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=principalStf. Acesso em 10.11.2008.

[18] João BARBALHO acentuou: "O carácter, atribuído ao supremo tribunal federal, de guarda e oráculo da Constituição nos assumptos submetidos a seo conhecimento e juízo, assina-lhe tamanha proeminência e é encarado como tão salutar, que a princípio deo logar a que, por mal comprehender-se o modo porque ele desempenha essa grandiosa função, se lhe fizessem pedidos diretos de interpretações

Um aspecto a ser enfatizado é o de que não havia previsão para impugnação em tese de lei ou ato normativo sobre o qual pudesse pesar pecha de inconstitucionalidade, evidenciando os arts. 59 e 60 que o controle judicial apenas teria lugar quando da solução dos conflitos de interesses que versassem pretensão resistida. Sem controvérsia concreta, não poderia advir declaração de inconstitucionalidade. A influência norte-americana mais uma vez assim impôs, conforme se poderia, à época, haurir de COOLEY, para quem "os tribunais não têm autoridade par julgar de questões abstratas, ou de questões que lhes não tenham sido presentes em juízo, e, por conseguinte, nada têm a ver com as questões que se prendem exclusivamente a autoridades executivas ou legislativas".[19]

Imprescindível, assim, que, no curso do processo, alguma das partes suscitasse questão constitucional. Em comentário ao art. 60, aliena *a*, da Constituição de 1891, Pedro LESSA, com argúcia, trouxe infalível definição do que se deveria inferir por questão de constitucionalidade, ensinando:

> Uma ação proposta com fundamento na Constituição é, pois uma ação baseada *direta* ou *imediata e exclusivamente* em um preceito constitucional, e tem por fim evitar a aplicação de uma lei, federal ou local, por ser contraria à Constituição, ou anular atos ou decisões do governo nacional, dos Estados ou dos municípios, que igualmente contravêm aos preceitos constitucionais. Uma ação cuja defesa é apoiada na Constituição é uma acção, em que o réu se defende, invocando *direta ou imediata e exclusivamente* um artigo constitucional, para o mesmo fim de evitar a aplicação de uma lei, federal ou estadual, ou de anular atos de alguns dos três governos mencionados, em consequência do vicio da inconstitucionalidade.[20]

Integrando o significado acima, a portar inconteste atualidade, o autor, cônscio da excepcionalidade do controle judicial em tela, aludiu à circunstância de que a questão constitucional, para que assim possa se qualificar, deve ser o único objeto da discussão jurídica, de modo que se há autônoma possibilidade desta ser resolvida com o emprego de outro argumento, não haveria que se cogitar de questionamento de compatibilidade vertical.

Galvaniza atenção a incessante tentativa do emprego da ação de *habeas corpus* que, incorporada ao nosso sistema jurídico com o Código de Processo

---

e consultas sobre inteligência de disposições legais" (BARBALHO, João: ob. cit., p. 235). O mesmo sucedeu com Amaro CAVALCANTI (CAVALCANTI, Amaro: ob. cit., p. 109) quando, após reconhecer a condição do Supremo Tribunal Federal como órgão supremo do Poder Judiciário, alertou para o dever de máxima correção no cumprimento das prerrogativas e fins que lhe foram traçados pelo sistema político que regia o país.

[19] COOLEY, Thomas: *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*, Russel, Campinas, 2002, p. 147. Tradução e anotações de Ricardo Rodrigues Gama à 3ª edição, publicada em 1898.

[20] LESSA, Pedro: *Do Poder Judiciário*, Senado Federal, Brasília, 2003, pp.130-131.

Criminal do Império (art. 340), assomou ao texto constitucional com o § 22 do art. 72 da Constituição de 1891, sendo uma primeira constatação que o exercício de tal remédio implicou a diferenciação do que se poderia ter por direitos e por garantias fundamentais, justamente por ser instrumento de proteção dos direitos.[21]

Particularidade de frequente discussão recaiu em saber se poderia o juiz conceder o *writ* apenas quando buscasse o impetrante assegurar sua liberdade de locomoção, ou também poderia fazê-lo quando estivesse em disputa o exercício de outros direitos fundamentais? A questão rendeu acirrada controvérsia, cuja razão de ser, ao que tudo indica, decorrera da insuficiência da tutela proporcionada pela ação sumária especial, haja vista que o art. 13, § 7º, da Lei 221, de 1894, excluía a competência judicial para suspensão do ato estatal impugnado, bem como por, à época, não vicejar forte sentimento doutrinário em favor do reconhecimento dum poder geral da cautela por parte do Judiciário.

A crítica desfavorável ao seu emprego de forma ampla, como constou de Carlos Maximiliano,[22] não obstou que o Supremo Tribunal Federal viesse a deferir várias impetrações para que fossem assegurados outros direitos fundamentais que não a liberdade individual. Houve resistências, mas parcelares. Noutras ocasiões se conhecia do pedido, a pretexto de que, embora não sendo a liberdade de locomoção a utilidade imediata, sua proteção estava vinculada, de modo insuperável, ao desempenho de outro direito fundamental.[23]

---

[21] A esse propósito, inexcedível lição de Rui Barbosa: "A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir a interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* "é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos atos". Garantia, ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados, de ocorrência mais ou menos fácil" (Barbosa, Rui: *Atos inconstitucionais*, 2da. ed., Russel, Campinas, 2004, p. 156). O texto foi ultimado em 31 de março de 1893 e versou sobre ação civil promovida por militares e lentes reformados e demitidos por ato do então Marechal Vice-Presidente Floriano Peixoto.

[22] Maximiliano Pereira dos Santos, Carlos: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1918. Edição fac-similar do Senado Federal, 2005, p. 734.

[23] Eis alguns precedentes: a) HC 1.794, de 14 de janeiro de 1903, no qual prevaleceu ponto de vista no sentido de que o remédio jurídico impetrado não poderia ser utilizado como para afastar proibição de ingresso no país, como o caso do banimento imposto aos membros da família real pelo Decreto 78 – A, de 21 de dezembro de 1889; b) RHC 2.244, de 31 de janeiro de 1905 (rel. Min. Pedro Antônio de Oliveira Ribeiro), sede onde, com fundamento no art. 72, §11, da Constituição, protegeu-se o impetrante contra ameaça de constrangimento legal decorrente da iminência de entrada de autoridade sanitária em casa do paciente, sem o consentimento deste, haja vista inexistir lei que a autorizasse; c) RHC 2.793, de 8 de dezembro de 1909 (rel. Min. Canuto Saraiva), interposto de decisão de juiz federal que negou *habeas corpus* impetrado contra ato do Presidente da República,

Uma possível elasticidade da garantia individual caiu por terra com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926 alterou a redação do art. 72, § 22, da Constituição, que passou a constar: "Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Não esquecer, contudo, um ponto que me parece basilar, qual seja o de que a doutrina e jurisprudência de então, porventura por não se aperceberem da rápida e ponderável mudança de paradigma, padeceram de um grave defeito de importação.

Isso se dá à medida que se observa que os norte-americanos, apesar de terem limitado a eficácia da declaração à controvérsia, indiretamente, por força da regra da obrigatoriedade do precedente, transpunham a tal deliberação eficácia contra todos e vinculativa.

---

consubstanciado no Decreto 7.689, que permitiu ao Prefeito do Distrito Federal o exercício de suas atribuições sem a colaboração do Conselho Municipal, por considerar este inexistente, tendo por lastro a legalidade do ato cuja execução é impugnada, não obstante o voto do Min. Pedro LESSA, para quem a negativa da ordem se impunha porque a finalidade buscada não foi garantir a liberdade individual, mas resolver questão de investidura em funções legislativas; d) HC 2.990, de 25 de janeiro de 1911 (rel. Min. Amaro CAVALCANTI), cuja ordem foi deferida para assegurar aos impetrantes o direito de ingresso na Câmara Municipal do Distrito Federal, com vistas a que pudessem ingressar no edifício do Conselho Municipal para exercerem suas funções até o término do mandato; e) HC 2.794, de 11 de dezembro de 1909 (rel. Min. Godofredo CUNHA), deferido para permitir aos pacientes o ingresso no edifício do Conselho Municipal para exercerem os direitos decorrentes de seus diplomas, frisando o Min. Amaro CAVALCANTI a hipótese ser de proteção da liberdade de locomoção, a qual constituía um meio para o exercício duma multiplicidade de direitos; f) HC 3.061, de 29 de julho de 1911, onde se concedeu a ordem para assegurar aos impetrantes a livre locomoção e ingresso no edifício da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro; g) HC 3.137, de 20 de janeiro de 1912, reputado prejudicado, não obstante o reconhecimento, de passagem, de que o remédio ajuizado possui aptidão para garantir liberdade individual necessária ao exercício de funções políticas (rel. Min. Epitácio PESSOA); h) HC 3.536, de 6 de maio de 1914 (rel. Min. OLIVEIRA RIBEIRO), cuja concessão implicou o direito constitucional do impetrante, Senador Rui BARBOSA, para publicar seus discursos proferidos da tribuna do Senado pela imprensa, onde, como e quando lhe convier, tendo o Min. Godofredo CUNHA votado pelo não conhecimento do pedido, porquanto o *habeas corpus* é destinado tão-só a tutelar a liberdade pessoal; i) HC 3.697, de 16 de dezembro de 1914 (rel. Min. Enéas GALVÃO), cujo deferimento assegurou ao Senador Nilo PEÇANHA o direito para que ingressasse nas dependências do palácio do Governo do Estado do Rio de Janeiro, a fim de exercer suas funções de presidente do Estado até o término do mandato; j) HC 4.781, de 5 de abril de 1919 (rel. Min. E. LINS), concedido para que o Senador Rui BARBOSA, juntamente com os demais impetrantes, pudesse, no Estado da Bahia, exercer direito de reunião e de palavra publicamente nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos.

Os textos nacionais, mesmo tendo praticamente recolhido sua sistematização sobre o assunto da práxis norte-americana, em nenhum instante atentaram que, em face do papel do Supremo Tribunal Federal de guardião-mor da autoridade e uniformidade interpretativa da Constituição, que os arts. 59 e 60 deixavam entrever, pudesse as suas decisões possuir algo mais do que a mera inaplicação da lei para o caso concreto, possibilitando a construção, pela via de uma receptiva maturação cultural, da eficácia vinculativa das decisões do Pretório Excelso, o que teria evitado, a partir de 1934, a incorporação de inúmeros institutos jurídicos, mencionados doravante, os quais seriam dispensáveis.

A adoção integral da lição americana, sem dúvida, teria simplificado –e muito– nosso atabalhoado sistema de fiscalização de constitucionalidade, assegurando maior estabilidade e segurança jurídica na aplicação dos comandos constitucionais.

Avanço e retrocesso

A Constituição de 16 de julho de 1934, promulgada em decorrência do movimento revolucionário de 1930, que extinguiu a chamada "República Velha", incorporou ao seu texto um marcante influxo do constitucionalismo social surgido na Europa, a partir da Constituição alemã de 1919, bem assim a da Áustria e da Checoslováquia de 1920, muito aquele já se encontrasse passando por um processo de desfiguração, em virtude da ascensão do nazismo ao poder.

O texto trouxe algumas previsões explícitas sobre o controle de constitucionalidade, não constantes do anterior.

A primeira delas é a do art. 12, §2º, ao dispor que, em sendo o caso intervenção federal nos Estados, para o fim assegurar a observância dos princípios especificados no art. 7º, I, e a execução de leis federais, a medida dependida da promulgação de lei aprovada pelo Congresso Nacional. No entanto, somente poderia ser efetuada ao depois que o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, verificasse o texto legal, declarando a sua constitucionalidade.

Ostentando a aparência embrionária do instituto da ação declaratória de constitucionalidade, a hipótese, instituída em face de conflito concreto entre a União e alguns dos Estados, outorgou, pela vez primeira, competência ao Supremo Tribunal Federal para o exame em tese da conformidade de lei frente ao texto magno.

Tal atributo, conforme afirmou Pontes de Miranda,[24] implicava para o Pretório Excelso na necessidade de proceder a um exame jurídico, sobre haver

[24] Miranda, Pontes de: *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*, Editora Guanabara, Rio de Janeiro, 1936, t. I, pp. I y 364.

ou não maltrato aos princípios do art. 7º, I, da Constituição de 1934, uma vez pertencerem considerações de natureza política, de forma exclusiva, à alçada do Legislativo.

Noutra disposição, qual seja o art. 91, IV, previu a competência do Senado Federal, para o fim de suspender, no todo ou em parte, lei ou ato normativo, ou mesmo deliberação, quando haja sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com a observância do quórum especificado pelo art. 179.

A despeito de reconhecer que no período de 1891-1934, o direito constitucional brasileiro não explicitava consequencias formais para a censura de inconstitucionalidade, Pontes de MIRANDA[25] deixou claro que, pelo preceito acima mencionado, a Constituição de 1934 não ousou pretender transformar o desate do caso concreto num julgamento definitivo, geral, da lei, nem numa apreciação *in abstracto* desta.

Num terceiro lugar, o art. 179 proclamou que somente por maioria absoluta dos seus integrantes poderão os tribunais, incluído aí o Supremo Tribunal Federal, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.[26]

A inovação reflete uma praxe norte-americana que, ao assentar o controle judicial de constitucionalidade sem olvidar uma deferência ao legislador, veio a compreender que o julgamento de questões de constitucionalidade, pelo relevo de seus resultados, há de exigir uma maturação que somente é satisfeita com a análise de vários julgadores.

Ao instante no qual vigorou a Constituição de 1891, cujo texto não continha norma a respeito de quórum para a declaração de inconstitucionalidade, a doutrina lembrava a recomendação de prudência, adotada pela jurisprudência norte-americana, no sentido de que uma lei somente pudesse ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do tribunal de justiça e não simplesmente pela preponderância de *quorum* acidental.

Assim, Amaro CAVALCANTI[27] deixou expresso que tal quórum deveria ser exigido justamente porque, no controle de constitucionalidade, não se estava diante apenas da missão ordinária do juiz de julgar acerca da lei invocada sobre um fato, mas antes de um ato do Poder Público, superior à simples função judicial. Também sustentava idêntica preocupação Carlos MAXIMILIANO.[28]

---

[25] Ídem, p. 771.

[26] Antes, pelo Decreto 1.939, de 28 de agosto de 1908, no seu art. 8º, existia –e, mesmo assim, com vinculação ao Supremo Tribunal Federal– apenas quórum para fins de deliberação, o qual consistia na presença, ao menos de dez membros sem impedimentos para o julgamento da causa. A composição então era de quinze juízes, a qual foi reduzida para onze pelo art. 73 da Constituição de 1934.

[27] CAVALCANTI, Amaro: *Regime Federativo e a República Brasileira*, Universidade de Brasília, , Coleção Temas Brasileiros, vol. 48, 1983, p. 203.

[28] MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, Carlos: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1918. Edição fac-similar do Senado Federal, Brasília, 2005, p. 612.

Fruto do mesmo período e ambiente histórico, a Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937 sob a justificativa de se impedir o êxito de um pseudo estratagema de insurreição comunista (Plano Cohen), implicou um forte retrocesso institucional na vida do país.[29] A ela se costumou –e ainda é costume– referir-se pelo apelido de "Polaca", em virtude ter sua possível fonte inspiradora a Constituição polonesa de 1935.

Desnaturado o federalismo, que se manteve apenas pelo aspecto nominal, não restou consagrada a representação interventiva. Da mesma forma, com a dissolução do Parlamento, bem assim pela extinção do Senado, substituído por um Conselho Federal, com atribuições de menor relevo, tampouco se manteve uma competência para a suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre o controle de constitucionalidade, o qual se mantinha restrito como uma exceção no desate de casos concretos, manteve a regra consoante a qual os tribunais somente poderiam reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República caso se manifestasse, nesse sentido, a maioria absoluta dos seus membros (art. 96, *caput*).

Inseriu-se, no parágrafo único do art. 96, previsão com o teor seguinte: "No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmara ficará sem efeito a decisão do Tribunal".

Tal competência que, pelo que emerge do seu texto, parecia ser exercitável somente quanto às leis federais, mereceu elogio de Pontes de Miranda,[30] para quem, em se constituindo num recurso a ser interposto ao Parlamento, visava conjurar as tendências reacionárias dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que costumavam invalidar, por inconstitucionais, medidas salutares ou preceitos fiscais que de nenhuma maneira era contrária à constituição. Enfatizou o autor ainda que tal preceito, demais de ser uma das maiores inovações da Carta de 1937, transferia para o Legislativo uma última palavra em matéria de controle de constitucionalidade, afastando de tal qualidade o Judiciário.

Com o devido respeito, assim não compreendo. Diversamente, chamo atenção para dois pontos que envolvem tal previsão. Primeiramente, a motivação que embasaria a mensagem do Presidente da República teria por fundamento

---

[29] Produzimos recentemente um estudo pormenorizado sobre referido documento (Nobre Júnior, Edilson Pereira: "O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937", in Brandão, Cláudio; Freitas, Ricardo e Saldanha, Nelson (Coords.): *História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva*, Atlas, São Paulo, 2012, pp. 389-410.:).

[30] Miranda, Pontes de: *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, Irmãos Pongetti editores, Rio de Janeiro, 1938, t. III, pp. 53 e 55.

circunstâncias duma vagueza excessiva (bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta), capaz de tornar, na prática, principalmente em face do clima político reinante, insuscetível de controle a iniciativa presidencial. Isso sem considerar que, à época, o predomínio de tais invocações estava em voga, pois, nas nações europeias, vivenciava-se a fase da onipresença do interesse público.

O segundo aspecto se centrou na interpretação que de tal faculdade fez o então Presidente da República. Isso é constatável pela leitura de Waldemar FERREIRA que, ao versar a historiografia do nosso constitucionalismo,[31] no capítulo inerente à carta de 1937, atribuiu para o seu frontispício título que se iniciava por "A deformação democrática" para, um pouco à frente, narrar a experiência de como o instituto em comento foi, numa única vez, praticado.

Ora, pelo teor do parágrafo único do art. 96 tal faculdade somente poderia ser exercitada caso em funcionamento as duas casas legislativas, quais sejam a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, o que pressuporia a realização da consulta plebiscitária a que se referia o art. 187.

O Supremo Tribunal Federal, cuja atividade de conhecer de questões constitucionais não estava formalmente obstada, instado a deliberar sobre decreto-lei que sujeitava à incidência de imposto de renda os vencimentos pagos pelos Estados e Municípios, proferiu decisão pela inconstitucionalidade da norma que amparava a tributação.

Diante de tal decisão, o Presidente da República, num impulso cesarista, editou o Decreto-lei 1.564, de 05 de setembro de 1939, ao argumento de que aquela não atendia ao interesse nacional e ao princípio da divisão equitativa do ônus do imposto, desprovendo de eficácia o acórdão do Pretório Excelso.[32]

Portanto, o então Presidente da República, além de legislador e constituinte exclusivo,[33] chamou para si o monopólio de interpretar a carta constitucional que outorgou para dar sustentação ao regime que instituiu, solapando a nascente ideia de jurisdição constitucional no Brasil.

---

[31] FERREIRA, Waldemar: *História do direito constitucional brasileiro*, Edição fac-similar, Senado Federal, Brasília, 2003, pp. 100 e 113.

[32] Eis os fundamentos invocados pelo Presidente da República: "São confirmados os textos de lei, decretados pela União, que sujeitaram ao imposto de renda os vencimentos pagos pelos cofres públicos estaduais e municipais, ficando sem efeito as decisões do Supremo Tribunal Federal e de quaisquer outros tribunais e juízes que tenham declarado a inconstitucionalidade desses mesmos textos".

[33] Isso se depreende bem pela edição no período, pela só pena presidencial, de vinte e uma leis constitucionais. O mais curioso é que a maioria, num total de onze, foram promulgadas pelo Presidente José LINHARES, que ocupou a Presidência durante transição, e não por VARGAS.

Daí Waldemar Ferreira ter rematado: "Arvorou-se o govêrno, então, em instância judiciária, instituindo-se, por simples decreto-lei, em órgão revisor de sentenças e acórdãos".[34]

A malsinada competência foi revogada pela promulgação da Lei Constitucional 18, de 11 de dezembro de 1945, pelo Presidente José Linhares.

O princípio de uma viragem

Retomado o curso democrático da nação, a Constituição de 18 de setembro de 1946 reintroduziu, com pequeno ajuste, o modelo vigente em 1891 com os acréscimos de 1934.

O exercício da fiscalização da constitucionalidade permaneceu, basicamente, presente em forma de exceção quando do desate de casos concretos, o qual, se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, em razão de competência originária ou recursal, tocaria ao Plenário o exame da prejudicial de constitucionalidade (art. 101, §1º, alínea *b*).

Mantida o quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 200), reintroduziu-se, com o ressurgimento do Senado Federal, a competência deste para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 64).

Reintroduziu-se a representação interventiva, mas com perfil diverso do molde de 1934. Havendo a violação, no âmbito dos Estados, dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*), justificadores da intervenção federal, esta seria decretada pelo Presidente da República. Todavia, haveria que ter lugar um pressuposto, qual seja o reconhecimento da inconstitucionalidade do ato arguido, o qual não seria necessariamente normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de representação formulada pelo Procurador-Geral da República.

O processo da representação de inconstitucionalidade interventiva teve, inicialmente, a sua disciplina com a Lei 2.271, de 22 de julho de 1954, posteriormente, substituída pela Lei 4.337, de 01 de junho de 1964.

Interessante notar que o fato do art. 3º da Lei 2.271/54 prever, no seu art. 4º, a aplicação, para o trâmite da representação de inconstitucionalidade interventiva, do rito do mandado de segurança, então delineado pela Lei 1.533/51, deu margem à criatividade judicial.

Assim, e abstraídas as críticas, a opção legislativa teve o mérito de permitir, pela via interpretativa, o exercício do poder geral de cautela nas representações interventivas. O *leading case* sucedeu com decisão monocrática do Min. Victor

[34] Ferreira, Waldemar: ob. cit., p. 113.

Nunes Leal nos autos da Representação 467,[35] destinada à impugnação da Lei 2.152, de 20-11-57, do Estado do Rio Grande do Norte, a qual criava o tribunal de contas estadual.

Ao depois de sustentar ser a suspensão liminar do ato impugnado peculiaridade do mandado de segurança, aludido magistrado acentuou sua pertinência à representação em causa, salientando que: a) para sua concessão se exigem a relevância do fundamento do pedido e o risco de ineficácia do provimento jurisdicional caso não venha a ser deferida a liminar; b) na forma do art. 14 da Lei 1.533/51, bem assim da prática diuturna, a suspensão liminar no mandado de segurança compete ao relator quando se tratar de impetração perante tribunal.[36]

A postura foi seguida por ocasião da Representação 466,[37] destinada a impugnar o Ato Constitucional nº 1, de 29-12-1961, da Assembleia Legislativa da Guanabara, através de decisão do Min. Ari FRANCO, o qual, apesar de prejudicado o agravo regimental que o combatia, foi, à guisa de *obter dictum*, reputado escorreito pela maioria do Tribunal Pleno. Não obstante, na assentada se pode verificar resistência esgrimida pelo Min. Luiz GALLOTTI, ao sustentar que, dentre os dispositivos regentes do procedimento do mandado de segurança que a Lei 2.271/54 manda aplicar à representação para fins de intervenção federal, não se inclui o inerente à medida liminar, tendo em vista: a) a representação, ao invés do mandado de segurança, não configura remédio de caráter urgente, em virtude do prazo para informações ser dilatado (45 dias), comportar o seu julgamento embargos com efeito suspensivo e necessitar o seu julgamento de inclusão em pauta; b) o mandado de segurança, ainda quando sua decisão for declaratória,

[35] O decisório foi publicado no *Diário da Justiça*, edição de 30-01-61. Partes substanciosas da referida decisão monocrática foram transcritas na RTJ 23/37-38.

[36] Interessante a transcrição de parcela do decisório, imediatamente seguinte à reprodução do art. 7º, nº II, da Lei 1.533: "Em face dessa norma, são bastantes dois requisitos para a suspensão: a relevância do fundamento do pedido e o risco da ineficácia da sua eventual concessão ulterior. O §2º do art. 324 do Código de Processo Civil, revogado pela legislação especial, exigia para a suspensão liminar que do ato impugnado pudesse resultar lesão grave ou irreparável ao direito do «requerente». O texto atualmente em vigor que se contenta com o risco de ineficácia da medida, não tem, portanto, a menor incompatibilidade com os objetivos da representação prevista no art. 8º, parágrafo único, da Constituição. Por outro lado, na conformidade do art. 14, da Lei 1.533, e da prática diuturna, a suspensão liminar do mandado de segurança compete ao relator do processo, quando impetrado a algum tribunal" (RTJ 23/37-38).

[37] Fato pitoresco, por ocasião do processamento da Representação 466 – GB sucedeu com a declaração bombástica do Governador Carlos LACERDA ao *Jornal do Brasil*, afirmando que o Min. Ary FRANCO demonstrara não conhecer a Constituição, pois a inconstitucionalidade duma lei somente poderia ser declarada por maioria absoluta.

porta uma carga executória, o que não acontece com a representação, cuja decisão tem seus efeitos executórios dependentes da elaboração de lei federal.

Posteriormente, a Lei 4.337, de 01-06-64, ao traçar nova disciplina da representação interventiva, porventura para evitar objeções graves, silenciou quanto à medida liminar, bem assim quanto à incidência supletiva do rito do mandado de segurança.

A representação interventiva constituiu o primeiro sinal para uma mudança da sistemática de controle então adotada, unicamente caracterizada pela necessidade de uma discussão de constitucionalidade vinculada à resolução de um litígio.

Não obstante a representação interventiva ser ativada para o fim de se compor um conflito que se estabeleceu entre a União e um Estado, em torno da suposta violação a um dos princípios constitucionais sensíveis, configura mecanismo que tornava possível o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo estadual, apreciada abstratamente.

Não poderia –e ainda hoje é assim– deixar de observar que tal via somente estava a permitir a atuação do Supremo Tribunal Federal tendo como parâmetro, única e exclusivamente, os princípios enumerados no art. 7º, VII, alíneas *a* a *g*.[38]

Desse modo, possível maltrato a outros princípios e regras constantes do texto constitucional, por parte do legislador, não poderiam examinados em tese pelo Pretório Excelso.

Daí porque a Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, a pretexto de alterar a competência originária do Supremo Tribunal, acresceu alínea *l* ao art. 101, I, da Lei Maior de 1946, dispondo tocar àquele o julgamento de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, a ser encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Mais à frente, aditou inciso XIII ao art. 124, o qual cuidava da organização da Justiça dos Estados, dispondo a possibilidade do legislador estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para fins de exame da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município que venha a afrontar a Constituição Estadual.

Com isso, é possível dizer que o modelo adotado pelo sistema jurídico deixou de ser unicamente de caráter concreto e difuso, mesclando-se com o de natureza abstrato e concentrado, cenário que permanece até a atualidade.

---

[38] Tais princípios, ditos sensíveis, consistiam na: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais; d) proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário. Correspondem, com algumas diferenciações, aos princípios listados no art. 34, VII, da Constituição em vigor.

O controle limitado

Mantendo a dualidade entre os arquétipos da fiscalização concreta e da abstrata, a Constituição de 1967-69, como não poderia deixar de ocorrer, ratificou a possibilidade dos juízes e tribunais de declararem inconstitucionais leis e atos normativos (art. 116), exigindo-se quanto aos últimos uma decisão por maioria absoluta, ao passo que manteve tanto a representação interventiva (art. 11, §1º, *c*) quanto a representação de inconstitucionalidade (art. 119, I, *l*).

Duas leves distinções, frente ao cenário antecedente, foram a não repetição da competência dos tribunais de justiça em conhecer da alegação de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual, e a explicitação, por força da Emenda Constitucional 07/77,[39] da competência do Pretório Excelso em apreciar medida cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade, o que incorporava tendência revelada paulatinamente pela jurisprudência.

Ponto crucial do controle de constitucionalidade de então –e que conspirava contra a sua eficácia– centrava-se na circunstância de que, no particular da representação de inconstitucionalidade, o texto sobranceiro instituir a legitimidade exclusiva para a sua ativação em favor do Procurador-Geral da República, o qual, à época, era agente público da confiança do Presidente da República, que, por sua vez, era titular de forte competência na elaboração normativa, o qual poderia demiti-lo a seu livre alvedrio.

Diante disso, veio à ribalta debate sobre a obrigatoriedade ou não do Procurador-Geral da República em encaminhar ao Supremo Tribunal Federal as arguições de inconstitucionalidade originárias de representações que lhe eram endereçadas.

A circunstância do art. 2º da Lei 4.337/64, relativo à disciplina da representação interventiva, mencionar que, nas representações que lhe forem dirigidas, o Procurador-Geral terá de submetê-las ao Pretório Excelso no prazo de trinta dias fez com que se viesse a entender pela obrigatoriedade.

A questão desaguou no Supremo Tribunal Federal pela Reclamação 849 – DF,[40] ajuizada pelo então Movimento Democrático Brasileiro, o qual se insurgia contra despacho do Procurador-Geral da República que determinou o arquivamento de petição, por meio da qual era sustentada a inconstitucionalidade do Decreto-lei 1.077/70, responsável pela instituição da censura prévia de livros e periódicos ditos considerados à segurança nacional.

O Supremo Tribunal Federal conheceu, mas julgou improcedente o pleito formulado na reclamação, salientando que, caso se viesse a entender pela obrigatoriedade do Procurador-Geral da República em submeter à Corte arguição que lhe for dirigida, retirar-se-ia deste a discrição de exercer a sua competência,

---

[39] Para tanto, acrescentou-se alínea *p* ao rol do art. 119, I.

[40] Pleno, mv, rel. Min. Adalício Nogueira, Audiência de Publicação em 09-12-71.

não podendo se aceitar que outrem lhe sobrepusesse em tal proceder. O mesmo entendimento prosseguiu com a Reclamação 121 – 1 – RJ[41] e com a Reclamação 128 – 8 – DF,[42] formulada pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro.

Outro aspecto vivenciado pelo período –e que teve na criação pretoriana o seu realce– foi uma nova significação a ser emprestada à competência do Senado Federal quanto à suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, constante do art. 42, VII, da Constituição de 1967-69.

Tal decorreu do Processo Administrativo 4.477 – 72 da Mesa de Matéria Constitucional, mediante o qual, mediante emenda regimental, aprovou-se verdadeiro ato de interpretação constitucional, com foros de mutação constitucional, para o fim de assentar que a comunicação ao Senado Federal, a que se reportava o art. 42, VII, somente se aplicaria em se tratando de julgamento proferido em representação de inconstitucionalidade e não quando se tratasse da solução de caso concreto.[43]

Uma pretensão de plenitude

A Constituição de 1988, promulgada ao depois do ciclo dos chamados governos militares, direcionou-se a sintonizar o Estado brasileiro nos caminhos do Estado Social e Democrático de Direito, para cuja concretização se requer a moldura de um complexo valorativo, agregado a um eficaz mecanismo de garantia do texto constitucional.

---

[41] Pleno, v.u., rel. Min. Djaci Falcão, DJU de 20-03-81.

[42] Pleno, v.u., rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU de 05-06-81.

[43] Oriunda do Min. Moreira Alves, a proposição mereceu do Min. Rodrigues Alckmin o pronunciamento seguinte: "Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais. 2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade, reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento. No caso de Representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à Lei ou ato normativo, em tese, e decisão que os tem como inconstitucional, encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia" (DJU de 16 de maio 1977, p. 3.124).

Daí que, ao lado da mantença dos institutos já consagrados pela ordem jurídica anterior, dentre as quais a fiscalização concreta e difusa, inúmeras novidades sobrevieram.

De logo, destaque-se, no particular da fiscalização abstrata, que a representação, substituída nominalmente pela ação direta de inconstitucionalidade, teve a sua legitimação consideravelmente ampliada pelo art. 103, I a IX, passando a ser um resquício do pretérito a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República.

Ainda nesse âmbito, não pelo texto originário, mas pela Emenda Constitucional 03/93, institui-se –penso eu por um excesso de formalismo e, ao mesmo instante, por uma escassez de criatividade– a chamada ação declaratória de constitucionalidade, o que, com facilidade, poderia ser suprido pela decisão de improcedência da ação direta.[44]

Outro ponto sobre o qual se voltou, principalmente, o constituinte derivado, sem esquecer o toque do originário, foi uma preocupação com a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.

Para tanto, explicitou-se pela Emenda Constitucional 03/93 a previsão de eficácia vinculativa para as decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, posteriormente transposta para a ação direta de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional 45/2004.

Para a disciplina do procedimento tanto da ação direta de inconstitucionalidade quanto da ação declaratória de constitucionalidade restou promulgada a Lei 9.868/99.

No que concerne à fiscalização concreta, a Emenda Constitucional 45/2004 plasmou o instituto da súmula vinculante pela adição do art. 103 - A, a qual resulta a partir da reiteração de decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação da constituição e para cuja aprovação é exigida a maioria qualificada de dois terços.

É de notar que passou a auferir relevo tendência que, independente e além da súmula vinculativa, vem reconhecendo a possibilidade de reconhecimento de um efeito *ultra partes* das declarações de inconstitucionalidade pelo Pretó-

[44] Seria bastante, por exemplo, que tivesse sido outro o desfecho do julgamento da Representação 1.349 - 9 - DF (Pleno, mv, rel. Min. Aldir PASSARINHO, DJU de 10-08-89), no qual restou assentado não ser possível o conhecimento do pedido quando o Procurador-Geral da República, na petição inicial, já declara inexistir eiva de inconstitucionalidade. Mais correto –pensamos– teria sido a acolhida do entendimento exposto no voto-vencido do Min. Célio BORJA que, mais consentâneo com a natureza objetiva do processo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, estabeleceu distinção entre o direito subjetivo de ação e a figura da provocação, salientando que esta, não envolvendo a defesa de direito subjetivo, expressa faculdade para que se impulsione um pedido perante um órgão do Estado, a fim de que este venha a apreciá-lo.

rio Excelso em sede de controle difuso ou concreto.[45] Na prática, tal é capaz de representar uma notável ampliação da eficácia vinculante, tornando ocioso não somente a intervenção do Senado Federal, conservada desde 1934 pelo art. 52, X, da Constituição, mas do próprio –e recentíssimo– instituto da súmula vinculante.

Os destinatários do efeito vinculativo, indistintamente quanto a tais mecanismos, são a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, restando imunes a sua observância pelo legislador[46] e pelo próprio Pretório Excelso.

No intuito de afiançar o respeito, por parte dos órgãos administrativos, bem assim pelos órgãos judiciais, da uniformidade interpretativa resultante dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, reservou-se, num perfil mais destacado, a via da reclamação, originariamente voltada à salvaguarda da competência e da autoridade das suas decisões proferidas com relação a um caso concreto (art. 102, I, *l*).

Com o art. 102, §2º, e o art. 103 – A, a reclamação se torna, num notável decurso evolutivo, no instrumento garantidor da eficácia vinculante,[47] como se o respeito a tais precedentes devesse ser imposto assim autoritariamente, sem que tal fosse uma consequência natural de uma aceitação cultural pelos juízes e órgãos administrativos.

Dois outros pontos –inimagináveis até então– notabilizam a sistemática que envolveu a Assembleia Constituinte. Sem embargo de sua afinidade, o primeiro deles se constitui numa preocupação com a inconstitucionalidade por omissão dos comandos constitucionais, cuja eficácia se deixa de alcançar a plenitude almejada pelo ideário que influenciou a elaboração do texto sobranceiro em virtude da ausência do seu indispensável desenvolvimento por parte do legislador.

Nesse diapasão, cogitou-se, primeiramente pela importação de figura da Constituição da República Portuguesa, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Uma possível inconsistência dos efeitos de tais decisões, cuja sorte é entregue ao senso de responsabilidade dos atores políticos, porventura parece ter ensejado, com vistas ao suprimento de seu objetivo, a previsão do mandado de injunção, a ser ajuizado, individual ou coletivamente, sempre que a falta de norma regulamentadora venha a tornar inviável o exercício dos direitos e liberda-

---

[45] STF, Pleno, mv, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 21-10-2014. Na assentada, é digno de registro as divergências dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

[46] STF, Pleno, Rcl 13.019 – DF, v.u., rel. Min. Celso de Mello, DJe de 11-03-2014

[47] O instituto da reclamação, até a sua forte explicitação pelo texto magno, foi alvo de uma notável gestação pela jurisprudência do Pretório Excelso, a qual teve seu início, ainda à época da vigência da Constituição de 1891, com o julgamento do HC 3.061, em 29 de julho de 1911, até o desate da Representação 1.092 – DF (Pleno, mv, rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 112/504-567).

des constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A sua prática pelo Supremo Tribunal Federal, passada a timidez inicial dos justos,[48] vem implicando um aprimoramento do instituto, de sorte a permitir, à medida do possível, o reconhecimento da eficácia dos preceitos constitucionais, o que decorreu, basicamente, do recurso à integração analógica.[49]

Porventura haurindo inspiração no recurso constitucional da Lei Fundamental alemã, projetou-se a tentativa de tutela dos direitos fundamentais mediante a previsão da arguição de descumprimento de direito fundamental - ADPF (art. 102, parágrafo único, renumerado pela Emenda Constitucional 45/2004 para §1º).

A experiência, iniciada a partir da Lei 9.882/99, pareceu, num primeiro momento, transformar a ADPF numa ampliação do campo da ação direta de inconstitucionalidade, mas que, com o passar do tempo, alçou-se, com efetividade, à proteção de direitos fundamentais, inclusive aqueles pertinentes às relações jurídicas entre particulares, dentre os quais o direito ao livre desenvolvimento da personalidade[50] e à liberdade de expressão.[51]

Não olvidar, no plano da fiscalização concreta, a Emenda Constitucional 45/2004, à semelhança do *writ of certiorari* do direito norte-americano, introduziu, como requisito essencial para a interposição e admissibilidade do recurso extraordinário, o do reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional suscitada.

Não obstante o propósito de diminuir o acervo de feitos com trâmite no Supremo Tribunal Federal, bem assim a redução de litígios e do tempo de tramitação, a notável extensão da Constituição de 1988, reforçada pela prática inicial do instituto, vem conduzindo a multiplicação de feitos nos quais é suscitada e, igualmente, reconhecida a repercussão geral.

Não se duvida que o modelo da Constituição de 1988, que se tem notabilizado pela mescla da fiscalização abstrata e concreta,[52] sem contar uma

---

[48] Pleno, MI 107 - 3 - DF, v.u., rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 21-09-90; Pleno, MI 444 - 7 - MG, v.u., rel. Min. Sydney SANCHES, DJU de 04-11-94 ; Pleno, MI 361, v.u., rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 22-02-2002.

[49] Pleno, MI 721 - 7 - DF, v.u., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30-11-2011; Pleno, MI 670 - ES, mv, rel. Min. Gilmar MENDES, Informativo - STF nº 485.

[50] STF, Pleno, v.u., rel. Min. Carlos AYRES DE BRITTO, julgamento em 05-05-2011. Neste julgado se reconheceu, numa interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil, a possibilidade de união estável homoafetiva, a ser considerada como entidade familiar para os fins de direito pertinentes.

[51] STF, Pleno, mv, rel. Min. Carlos AYRES BRITTO, julgamento em 30-04-2009. Versou o julgado sobre a não recepção, por parte da Constituição de 1988, da Lei 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, a qual, editada no governo militar, previa sanções penais e cíveis aos veículos de informação.

[52] Os riscos e desvantagens que podem ser acarretados, principalmente para a igualdade de tratamento e segurança jurídica, para a boa articulação entre o nosso

multiplicidade desarticulada de institutos, não tem acarretado a resolução célere das questões constitucionais, o que contribui para que muitos questionamentos permaneçam, por muito tempo, aguardando pronunciamento.[53]

De outra parte, a pretensão de plenitude da Constituição para o estabelecimento das diretrizes pelas quais os Poderes Públicos e a coletividade há de se guiar para a sua regência, se produziu muitos bons frutos, não evitou –nem seria capaz a tanto– algumas situações de ativismo fora dos limites da interpretação constitucional.[54]

Por isso, o ideal seria uma simplificação do modelo então vigente, a ser obtida tanto mediante reforma constitucional quanto mediante recurso à via interpretativa, seja para o fim de se excluir o excesso normativo existente como para legar uma maior eficácia às normas constitucionais, o que somente o passar do tempo poderá dizer.

---

complexo hibridismo dos modelos concentrado e difuso, tal como previsto pela Constituição de 1988, cujo texto exagera em detalhes, foi objeto de análise por Moreira Maués, Antonio G. e Facury Scaff, Fernando: *Justiça constitucional e tributação*, Dialética, São Paulo, 2005, pp. 11-17 e 68-73.

[53] Uma amostra disso nos oferece as contendas em matéria tributária, sendo de ressaltar as desaguaram: a) na declaração de inconstitucionalidade da solidariedade passiva instituída pelo art. 13 da Lei 8.620/93, a qual somente foi declarada em julgamento realizado aproximadamente dezessete anos depois (Pleno, RE 562276, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 03-11-2010); b) na declaração de inconstitucionalidade dos prazos de decadência e prescrição em matéria de contribuições previdenciárias, instituídos pelos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, o que teve lugar com as decisões que desaguaram na formulação da Súmula Vinculante 08, na sessão de 12-06-2008; c) no reconhecimento da constitucionalidade da revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, da isenção do pagamento da COFINS concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91, cujo julgamento, ocorrido com o RE 381.964 – 0 – MG (Pleno, mv, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 12-03-2009) foi finalizado doze anos depois da vigência da norma impugnada; d) na discussão sobre a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, cujo recurso extraordinário foi distribuído em 17-11-98, e julgado somente quinze anos após (Pleno, RE 240.785, mv, rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 15-12-2014), mas, o que raiou ao inacreditável, foi a não determinação de que, quanto ao tema, fosse determinada a adoção da sistemática da repercussão geral, o que somente porventura irá suceder com o deslinde do RE 574706 – PR, de maneira que a solução do questionamento continua em aberto, agravando em demasia a segurança jurídica entre a Administração Tributária Federal e os contribuintes.

[54] Uma dessas situações, a nosso sentir, constou do desate do MS 26602 - 3 - DF (Pleno, mv, rel. Min. Eros Grau, DJe de 16-10-2008), relativo à explicitação da possibilidade de perda do mandato parlamentar, fora das hipóteses taxativamente previstas no art. 55, I a VI, da Constituição Federal.

Diseño y efectividad del control de constitucionalidad en Cuba

Martha Prieto Valdés*

Antecedentes mínimos

Unos breves antecedentes permitirán recordar cómo se fue formando el valioso modelo de control judicial de la constitucionalidad en Cuba, y por qué en pos de la coherencia del ordenamiento jurídico y político y de la eficacia de los postulados constitucionales se sigue mirando al pasado en pos del perfeccionamiento de tal medio de defensa jurídica de la Constitución y de la salvaguarda de la eficacia jurídica de sus contenidos esenciales.

El primer diseño republicano, instituido, para revisar las cuestiones constitucionales en Cuba, estuvo asentado al amparo de la Constitución que entró en vigor en 1902 y luego la Ley orgánica de 1903, en el Tribunal Supremo de Justicia de manera concentrada, y a contrapelo de algunos criterios, no copió el modelo difuso norteamericano, o de influencias otras cercanas territorialmente, sino que se concentraba en el órgano superior la decisión, accediéndose a él mediante un "recurso de carácter especial", "remedio extraordinario, vía especial",[1] ya fuere por vía de casación para actuaciones judiciales o la directa para los restantes casos, bajo la forma de "recurso de inconstitucionalidad por vía de casación". El análisis solo se producía si era objeto de controversia entre las partes[2] y, mejor aún, podría declarar nulas las disposiciones que se dictaren

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular y Principal de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1 Ver Merino Brito, E.: *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, Cultural S.A., La Habana, 1938, p. 15, sobre precisiones realizadas en el momento de la prevotación durante la constituyente de 1901, lo cual introdujo una modificación respecto a la práctica judicial de los Estados Unidos.

2 Ver Constitución de 1901, art. 83: "Además de las atribuciones que le estuvieren formalmente señaladas, (…) corresponden al Tribunal Supremo (…): apartado 4°. Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuere objeto de controversia entre partes".

para regular el ejercicio de derechos si en cualquier forma los disminuían, los restringían o adulteraban.

Las exigencias sociales de la época y la necesidad de salvar algunas incongruencias, condicionaron una nueva Ley orgánica en 1922, que ensanchó extraordinariamente el ámbito del fuero constitucional,[3] ya que la reiteración de sentencia de inconstitucionalidad mandataba a la entidad a modificar o derogar la disposición, y de no hacerlo esta perdía obligatoriedad.[4] La práctica ulterior definió que la reiteración de sentencia dejaba sin efecto la normativa. Otra innovadora fórmula apareció un poco más tarde, en 1934, cuando se ampliaron los sujetos que podían estimular el análisis por el Tribunal Supremo de Justicia; ahora no era solo a la parte afectada, sino también a favor de 25 ciudadanos que se encontrasen en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos.[5] Un año más tarde, a través de la Ley constitucional de 1935, se previó la posibilidad, ya directa, de declarar la nulidad de leyes y disposiciones de cualquier clase que provocaren disminución, restricción o adulteración del ejercicio de los derechos constitucionales, sin fijar límite de tiempo cuando en defensa de los derechos se establecía recurso por veinticinco ciudadanos afectados.

Un cambio en el modelo se expresó a través de la Ley de reforma constitucional de 1936[6] creando una Sala especial en el Tribunal Supremo, lo que influenció ampliamente sobre la Constitución de 1940, que fue la que vino a configurar un modelo de justicia constitucional que sirvió de pauta para los diseños

---

[3] Ver Maza, Emilio: "El recurso de inconstitucionalidad: sus fuentes actuales", *Revista Cubana de Derecho*, año XVIII (4 nueva serie), núm. II (70), abril-junio, 1944, La Habana, Imprenta de F. Verdugo, p. 143.

[4] Ver Ley de 17 de marzo de 1922, art. 4.

[5] Ver al respecto, Ley constitucional de 1934, art. 78: "(…) corresponden al Tribunal Supremo (…), apartado 5°. Decidir sobre la constitucionalidad de las Leyes, Decretos-Leyes, Acuerdos, Decretos, Reglamentos, Órdenes, Disposiciones o actos de cualquier clase, sean cuales fueren el Poder, autoridad o funcionario que los hubieren dictado o de que emanaren, a petición de parte afectada o a solicitud suscrita por no menos de veinticinco ciudadanos que estén en el pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos cuando fuere objeto de controversia entre partes (…)".

[6] Ver Ley de Reforma Constitucional de 1936, art. 119-2 y 4), 121-123. Por ejemplo: art. 121. "El Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio de la República, es competente para conocer (…) 1) Los recursos de inconstitucionalidad contra Leyes (…) que disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos de seguridad personal, el sufragio y los preceptos constitucionales sobre suspensión de garantías, o impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado; 2) Los recursos de *habeas corpus* cuando haya sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales; 3) La legitimidad de alguna reforma constitucional; 4) La responsabilidad criminal del Presidente de la República, (…) y 5) Las cuestiones jurídicopolíticas de las Leyes (...). Igualmente, vale consultar a Merino Brito, E.: ob. cit., pp. 49 y ss.

adoptados con posterioridad en América Latina,[7] y cuyo diseño se perfeccionó a partir de la Ley del Tribunal de Garantías constitucionales y sociales en 1949. Se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, aunque con elementos propios: una sala especial del Tribunal Supremo, pero se denominaba Tribunal en tanto era parte de una unidad sistémica del aparato de Justicia, y resolvería además en materias sociales. Este Tribunal estuvo facultado para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos en defensa de los derechos y garantías constitucionales o funcionamiento de los órganos del Estado, los análisis de validez de procedimientos y reformas constitucionales, el recurso contra abuso de poder y otras cuestiones de carácter jurídico, político y social que la Constitución o las leyes sometiesen a su consideración.[8] Se reiteró la posibilidad de solicitar la declaración de inconstitucionalidad por 25 ciudadanos, además la de persona afectada directamente por disposición general, o por interesados en juicios ordinarios, con efectos *ex nunc* para lo general y en caso de parte afectada también reconoció los efectos *ex tunc*, además de restablecer el derecho lesionado.[9]

De interés especial para el presente, fue la consideración como inaplicable de precepto ordinario que violase la Constitución, y ante el cual los jueces inferiores debían suspender el procedimiento, elevar el asunto al Tribunal de Garantías para que fuere este el que declararse la constitucionalidad o no del precepto en cuestión, el cual lo remitiría a tribunal actuante para que resolviera de conformidad con la decisión anterior.[10]

---

[7] Prieto Valdés, M.: "El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?", CUBALEX, Año 16, Tercera Época, núm. 33, enero – diciembre de 2013, p. 2, http://vlex.com/source/revista-cubalex-12125

[8] Ver Constitución de 1940, art. 174, inc. d) para la facultad del Tribunal Supremo de Justicia de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones generales y art. 182 para las competencias particulares del Tribunal de garantías constitucionales y sociales: "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales es competente para conocer los siguientes asuntos: a) Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derechos y garantías consignados en esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado. b) Las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio. c) Los recursos de *habeas corpus*, por vía de apelación, o cuando haya sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales. d) La validez del procedimiento y de la reforma constitucional. e) Las cuestiones jurídico-políticas y las de legislación social que esta Constitución y la Ley sometan a su consideración. f) Los recursos contra los abusos de poder".

[9] Garcerán de Vall y Souza, J.: *El proceso de inconstitucionalidad*, Edit. Librería Martí, La Habana, 1947, p. 437.

[10] Ver Constitución de 1940, art. 194: "La declaración de inconstitucionalidad podrá pedirse: a) Por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan

Por decisión política de este Tribunal vinculada con el golpe de Estado 1952, que marcó profundamente la apreciación de su legitimidad material y jurídica como órgano y su posibilidad de ser garante de la supremacía constitucional así como de los derechos del pueblo, el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, con esa relativa independencia, cedió y en la Ley fundamental de 1959, se conservó el control judicial concentrado, pero ahora con la denominación de Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, junto a algunas modificaciones en procedimientos, especialmente los referidos a reclamaciones por expropiaciones forzosas al amparo de dos leyes de carácter extraordinario, la de Reforma Agraria y de Reforma Urbana.[11] La funcionalidad de esta última sala fue cediendo paulatinamente frente a las transformaciones profundas en el diseño

---

la jurisdicción ordinaria y las especiales, b) Por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales, c) Por la persona a quien afecte la disposición que estime inconstitucional, Los jueces y tribunales están obligados a resolver los conflictos entre las leyes vigentes y la Constitución, ajustándose al principio de que ésta prevalezca siempre sobre aquélla.

– Cuando un juez o tribunal considere inaplicable cualquier ley, decreto- ley, decreto o disposición porque estime que viola la Constitución, suspenderá el procedimiento y elevará el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales a fin de que declare o niegue la constitucionalidad del precepto en cuestión y devuelva el asunto al remitente para que continúe el procedimiento, dictando las medidas de seguridad que sean pertinentes.
– En los expedientes administrativos podrá plantearse el recurso de inconstitucionalidad al acudirse a la vía contencioso-administrativa. Si las leyes no franquearen esta vía, podrá imponerse el recurso de inconstitucionalidad directamente contra la resolución administrativa.
– Los recursos de inconstitucionalidad, en los casos enumerados en los artículos ciento treinta y uno, ciento setenta y cuatro, ciento ochenta y dos y ciento ochenta y seis de esta Constitución, se interpondrá directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.
– En todo recurso de inconstitucionalidad los Tribunales resolverán siempre el fondo de la reclamación. Si el recurso adoleciere de algún defecto de forma, concederá un plazo al recurrente para que lo subsane.
– No podrá aplicarse en ningún caso ni forma, una Ley, decreto-ley, decreto, reglamento, orden, disposición o medida que haya sido declarada inconstitucional, bajo pena de inhabilitación para el desempeño de cargo público.
– La sentencia en que se declare la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una medida o acuerdo gubernativo, obligará al organismo, autoridad o funcionario que haya dictado la disposición anulada, a derogarla inmediatamente.
– En todo caso la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional, se considerará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal".

[11] Ley de Reforma Agraria y Ley de Reforma Urbana, de 3 de junio de 1959 y de 14 de octubre de 1960 respectivamente, las que se declararon parte de la Ley Fundamental de la República y, en consecuencia, adquirieron fuerza y jerarquía constitucionales; inatacables.

político-social y económico, e incluso frente a la nueva organización del poder con sus amplísimos programas sociales, lo que se constata en la clara decisión de la Sala de no propiciar –en la esfera judicial– el desarrollo de cuestionamiento político en aquellos momentos de la construcción social del nuevo sistema.[12]

Fue la reforma del sistema judicial en 1973, la que reafirmó la unidad orgánica de los Tribunales y su subordinación al Poder revolucionario, suprimiendo la Sala de Garantías constitucionales y sociales, los procesos constitucionales e incluso la existencia de una vía para las reclamaciones de parte respecto a disposiciones generales que pudieran restringir el alcance constitucional o los derechos en ella consagrados. Todo ello afectó la noción de la Constitución como norma imperativa. La nueva legalidad debía imponerse junto al fortalecimiento de la Administración Pública que concentraba y centralizaba el poder a fin de hacer efectiva la toma de decisiones, por lo que no se crearon espacios en los que se pudieran discutir las normativas vigentes.

El hoy, ¿efectividad?

Teniendo en cuenta todo lo anterior, vale decir que el diseño del control de constitucionalidad vigente tuvo como presupuestos inmediatos el rechazo a la actuación del Tribunal de Garantías en 1952 y los conceptos contenidos en la antes mencionada Ley de 1973, todo lo que pasó a la Constitución de 1976. No puede desconocerse la influencia de los entonces Estados socialistas con la noción de la supremacía del representante popular frente al aparato de justicia, que venía entonces a convertirse en un simple aplicador de la Ley, pero no su controlador.

En el actual modelo de control de las leyes y demás disposiciones generales se funde en su realización el aseguramiento de la supremacía constitucional con el de legalidad, y todo ello en sede política. Y si bien es cierto que en los

[12] Durante el período 1959-76, la Sala de Garantías constitucionales y sociales refiriéndose al texto de 1959, reconoció solo carácter programático de los postulados constitucionales, en Sentencia No. 2 de 5 de mayo de 1967, Boletín de mayo de 1967, p. 3; o que la ausencia de la norma de desarrollo del precepto constitucional impide la entrada en vigor del mismo, en Sentencias No. 5 de 8 de junio de 1966, Boletín de junio de 1966, pp. 8-9, No. 9 de 29 de julio del propio año, Boletín de julio de 1966, p. 12 y No. 12 de 9 de diciembre de 1966, Boletín de diciembre de 1966, p. 17 en la que adujo no poder aplicar el art. 105 por falta de ley de desarrollo. Sobre el mismo tema, la inamovilidad constitucional, pero en la Jurisdicción contencioso administrativo, Sentencia No. 9 de 18 de abril de 1966, p. 9. No obstante lo antes expuesto, también se vertieron criterios a favor de la consideración de la Ley fundamental como normas de Derecho de aplicación directa, ver Sentencia No. 7 de 3 de junio de 1969, Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, Boletín IV, año 3 de mayo-junio, 1969, pp. 186-187.

primeros años posteriores a 1976 aún era una práctica de los jueces, en especial de las salas del Tribunal Supremo Popular, mirar hacia la Constitución para hacer sus valoraciones,[13] hay que aceptar que la noción acerca de la Constitución como norma fundamental no es la que ha predominado, sino la de programa y punto esencial de partida para el desarrollo social, resultado y reflejo de las conquistas alcanzadas,[14] pero nunca como un límite al poder.[15]Tampoco se creó espacio judicial para debatir las decisiones de la Administración ante lesiones a sus destinatarios o la constitucionalidad de las disposiciones generales, con lo que la constitucionalidad y la legalidad salen del ámbito judicial y se quedan en el espacio político, lo cual a su vez hace que se transforme en más complejo el cuestionamiento.

El modelo actual de control *posterior político-abstracto y concentrado de las leyes* en la Asamblea Nacional del Poder Popular,[16] se ha afirmado en la supremacía parlamentaria y la unidad de poder, con lo que es la propia Asamblea que crea las leyes quien debe declarar la constitucionalidad o no de su producto jurídico, lo que lo hace totalmente ineficiente. En este sentido, valdría considerar tal regulación constitucional, pues ¿cómo sería posible su instrumentación? Si son objeto de control previo al nacimiento, y nacen ya con el voto favorable de

[13] En los primeros años posteriores a la promulgación del nuevo texto era todavía común advertir en las sentencias del Tribunal Supremo Popular la referencia constitucional. Luego de reorganizado el sistema judicial, la consideración de la Constitución como garantía en Sentencia No. 125 de 15 de marzo de 1977, Boletín Oficial, pp. 142-144, aunque empezó a decaer a partir de los años 1979 y 1980, tanto como pauta interpretativa de otras disposiciones o norma de aplicación directa. Para ampliar en este análisis ver Prieto Valdés, Martha: "El Derecho, la Constitución y su Interpretación", en Pérez Gallardo, Leonardo (coordinador), *Perspectiva del Derecho cubano actual*, Reus, Madrid, 2006, pp. 31-97.

[14] "La Constitución que hoy ponemos en vigor, (...), consolida jurídicamente lo ya logrado (...) y norma, en correspondencia con las nuevas relaciones (...), los objetivos planteados en la construcción del socialismo (...)". Castro Ruz, R.: ob. cit, p. 123. "Discurso en el acto de proclamación de la Constitución, en *Revista Cubana de Derecho*, año V, No. 11, enero-junio de 1976, La Habana

[15] "El contenido de estos artículos no limita sino que asegura las libertades de las mayorías (...)". Castro Ruz, R.: ob. cit, p. 127.

[16] Ver Constitución de la República de 24 de febrero de 1976, reformada en 1978, 1992 y 2002. Ver art. 75. "Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales". Igualmente, el Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1996, vigente, establece en el art. 83: "La Asamblea Nacional puede revocar los decretos o disposiciones del Consejo de Ministros que contradigan la Constitución o las leyes. Asimismo puede revocar o modificar 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 a los mismos; o los que afecten los intereses de otras localidades o generales del país".

constitucionalidad, ¿cómo la propia Asamblea con posterioridad las podrá revisar nuevamente? Un sinsentido que merece ser profundamente cuestionado pues en todo caso aparece la Asamblea Nacional como juez y parte de tal proceder, lo que significaría ir contra sus propios actos, salvo que se refiera a leyes de la provisionalidad revolucionaria, o del tiempo de la neocolonia.[17]

No solo para las leyes está concebido el *control concentrado político-abstracto, sino para otras disposiciones generales* luego de su entrada en vigor, como es el caso de los Decretos leyes y Decretos, con lo que la Asamblea sí podría respecto a las inferiores jugar su rol de órgano superior de control, pero a ello le sumamos que aún, luego de casi 40 años, no tiene tampoco instrumentación legal ordinaria. Su no realización afecta la normatividad y obligatoriedad de los mandatos constitucionales al no realizarse lo que se establece en el artículo 75 ch). Téngase que el Consejo de Estado –en su carácter de órgano permanente de la Asamblea Nacional– aprueba Decretos-leyes,[18] derogables también por el legislativo, y que por decisión de la propia Asamblea tienen fuerza de ley, algo que merece revisión, a fin de que puedan efectivamente ser revocados, si fuere necesario por ella misma.

También está previsto un *control político-abstracto y posterior no concentrado* de la constitucionalidad, en el que se concibe intervengan los órganos representativos locales del poder popular, e incluso los Consejos de Estado y de Ministros. Cierto que tampoco tiene instrumentación legal, pero la regulación constitucional es clara: el órgano superior puede derogar, suspender, o revocar, disposiciones de los órganos inferiores que transgredan la Constitución.[19] Este control se funde en su estipulación con el de legalidad, todo lo cual debería, en un sistema monopartidista, asegurar la coherencia interna del ordenamiento,

[17] Ver Ley de Tránsito constitucional, de 24 de febrero de 1976, Disposición undécima del artículo 1, último párrafo: "Mientras permanezca vigente, total o parcialmente, alguna ley, decreto ley, ley-decreto, acuerdo-ley, órdenes militares de los gobiernos interventores y demás disposiciones legales promulgadas o puestas en vigor con anterioridad a la constitución de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el Consejo de Estado, entre uno y otro periodo de sesiones de la Asamblea Nacional, estará facultado para modificar o derogar total o parcialmente dichas disposiciones legales, debiendo dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima sesión, a los efectos de que ratifique dicha modificación o derogación".

[18] Ver Constitución de la República, art. 75 ch) es facultad de la ANPP revocar en todo o en parte los Decretos-leyes del Consejo de Estado. Vale destacar la importancia de la facultad revocatoria de la Asamblea por el contenido del artículo constitucional 90 ch), al amparo del cual es el Consejo de Estado el órgano facultado para otorgar una interpretación obligatoria a las leyes, por lo que solo resta a favor de la Asamblea la interpretación de la Constitución mediante las leyes ella que dicta.

[19] Ver Constitución de la República, para el Consejo de Estado, art. 90, inc. ñ y o); para el Consejo de Ministros, art. 98, inc. l, ll, m y n); para las Asambleas Municipales del Poder Popular, art. 105, inc. j) y 106, inc. d).

que ya nace sobre la unidad política, pero que al ser entendido el Derecho –en la práctica política cotidiana– como expresión de sujeción a la voluntad normativa del Estado, sin distinguir entre jerarquías orgánicas ni normativas, no tiene eficacia alguna.

Otra expresión del control político posterior no concentrado es el que se prevé directamente sobre las disposiciones y actos de la Administración Pública. En nuestro modelo la Administración no se sujeta exclusivamente a la ley sino también a la Constitución. He aquí una expresión de la fusión conceptual entre constitucionalidad y legalidad, que afecta a la primera y limita el desarrollo de la segunda. En el diseño cubano se faculta tanto a la Asamblea Nacional, que podrá declarar la constitucionalidad o no de los decretos que emanan del Consejo de Ministros y las Resoluciones de los Organismos de la Administración del Estado, como también respecto a las dos últimas disposiciones lo podrá realizar el Consejo de Estado, en tanto órgano representativo del poder, en el periodo intersesiones, del parlamento. O la más reciente regulación de la actuación del Consejo de Ministros, mediante el Decreto Ley 272, que expresamente establece la facultad del Presidente del Gobierno de velar por el respeto de la Constitución.[20]

Conforme a la letra constitucional, intervienen también en el aseguramiento del texto, de manera posterior, la Fiscalía General de la República y los Tribunales de Justicia, enunciado al paralelo con el control de legalidad. En el caso de la Fiscalía, puede hacerlo de oficio o a instancias de parte afectada en tanto detecte disposiciones infraconstitucionales contrarias al magno texto, o a las leyes en general,[21] debiendo procurar el restablecimiento de las normas quebrantadas, para lo que puede solicitar ante la Asamblea Nacional del Poder Popular el examen y decisión acerca de la constitucionalidad de las disposiciones generales.

Un último detalle: aunque el texto constitucional no prevé la intervención directa de los Tribunales Populares en el control de constitucionalidad de las leyes como resultado de procedimientos de defensa de derechos ciudadanos de ese rango o por recursos de inconstitucionalidad –ausencia orgánica en los mecanismos de control que no deja de ser objeto de debate teórico–, ello no le resta obligación de cumplir la Constitución[22] y de tal suerte sí podrían

[20] Decreto Ley 272 de 2010, art. 20, inc. b) "Son facultades del Presidente del Consejo de Ministros: cumplir y velar por el respeto de la Constitución de la República, las leyes y demás disposiciones del Estado".

[21] Ver Ley de Tribunales, No. 82 de 1997, art. 6. "Los tribunales deben poner, en conocimiento de la Fiscalía las infracciones de la ley que adviertan durante la tramitación o examen de los procesos y actos judiciales, a fin de que aquélla actúe para que se restablezca la legalidad".

[22] El art. 66 constitucional establece que el cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable para **todos** (las negritas son de la autora para destacar el sujeto indeterminado y genérico que se empleó para designar a

participar en un control para caso concreto ante violación o lesión de derechos consagrados en la suprema Ley. No es darle rienda suelta a la judicialización del texto supremo, sino y precisamente cuando en los procesos y actos judiciales los Tribunales detecten infracciones de la legalidad, respecto a lo cual vale preguntarse: ¿en qué sentido se emplea? Si es con carácter amplio –como es práctica–, entonces debiera incluir a la Constitución. Aquí hay un límite a la eficacia constitucional.

Asimismo, ha predominado en los decisores y en algunos operadores el viejo criterio de que en la Constitución solo se expresan los principios básicos, y que se requieren leyes posteriores para su desarrollo, por lo que tampoco intervienen directamente los tribunales en su concreción respecto al caso, y quedan inaplicables algunos preceptos por tal situación. Es esta entonces, una expresión incongruente con la noción de Constitución, con el deber de sujeción a ella establecido para todos los ciudadanos y la atribución de controlar su observancia, consagrada a todos los órganos estatales e incluso de la posibilidad de participación popular en esta esfera: ¿qué es si no la previsión de que las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los diputados, de los delegados y de los funcionarios?[23]

No puede obviarse que el control *político preventivo* de las leyes[24] en las manos de la propia Asamblea Nacional del Poder Popular debe ser tenido en cuenta en el proceso de perfeccionamiento del aparato estatal en pos de su mejor funcionabilidad. Si como resultado de la existencia de esta previsión, al nacer la ley, lo hace ya con un aval formal de constitucionalidad, se hace imperioso que el proceso de elaboración de las leyes goce de publicidad, tanto respecto a los proyectos como a los debates vinculados a su elaboración; se conocerán así los fundamentos de estas disposiciones generales y gozarán de mayor legitimidad las decisiones al respecto.

En otras palabras, hay una concepción amplia del control, que prevé una diversidad de órganos intervinientes en el control de constitucionalidad, a veces fusionado con el de legalidad, lo que a juicio de esta autora ha limitado la garantía de superioridad y no ha fluido con la eficacia requerida. Entre las causas de la limitación anterior pudiera señalarse que, en la esfera práctica política de los últimos años ha habido un malentendido respecto a lo que es el control, que no es exceso de limitación o imposición de restricciones; sino que es vigilancia y exigencia del cumplimiento de lo establecido.[25]

---

los obligados, todos sin distinción). Igual obligación se establece mediante la Ley de los Tribunales Populares, la que en el art. 5. fija la obligación para los tribunales de cumplir la Constitución y las demás disposiciones legales.

[23] Ver Constitución de la República, art. 68 inc. b).

[24] Ver Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular, 1996,

[25] Prieto Valdés, Martha: "El control como instrumento de aseguramiento de derechos y de la continuidad del diseño", Conferencia en VIII Encuentro de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo, La Habana, 2 de abril de 2008.

En síntesis, la noción de límite ha sido el primer problema en torno al control entre nosotros, ¡¿cómo limitar al poder?!; el segundo lo ha constituido la falta de regulación acerca de qué hacer y cómo hacer, responsabilidad de los órganos mandatados para desarrollar la preceptiva constitucional o mandatados para darle cuerpo legal a las reglas superiores; y el tercero, la falta de eficacia del concebido, ya que se ha fundido incluso con el control administrativo del mandato efectuado.

La anterior situación entra en directa contradicción con principios y postulados rectores que están en la base de nuestro ordenamiento jurídico-político: si la Constitución ha sido adoptada por el pueblo en voto aprobatorio directo, no hay dudas acerca del lugar que debe ocupar, y cuánto y cómo ha de irradiar sobre toda la sociedad, a la vez que pautar la solución de las múltiples antinomias que en la práctica se manifiestan, de conformidad a lo que el propio texto constitucional ha previsto.[26]

Lo necesario en el hoy y el futuro inmediato para asegurar legitimidad y justicia

En el proceso de hondas transformaciones económicas que se desarrolla en Cuba hoy, ante la necesidad de instrumentación de la descentralización empresarial, tributaria y administrativa para el avance del país, hace falta perfeccionar los medios de control plural en esta materia a fin de asegurar que en aras de ello no se produzca un fortalecimiento de la centralización en todos estos ámbitos, porque de esta manera ni el control de legalidad político, ni el de constitucionalidad diseñado podrá instrumentarse como se requiere.

El hecho es que las medidas económicas están impactando en las esferas sociales y políticas, y todas ellas resonarán en los valores. No solo se producirá una desviación en el orden social, sino que aquí habría causa de conflicto social. Entonces, ha de instrumentarse el control en su diversidad –ya popular, jurídico o político, de órganos representativos, judiciales, fiscales y de control, pero cada uno en su función diferenciada para evitar la disolución de la actuación. Es esta una exigencia de primer orden, acompañada de otros requerimientos, tales como: transparencia en las decisiones políticas y administrativas; previa y precisa la determinación de las facultades jurídicas de los órganos de la Administración y del Estado en sentido general, acompañadas de la publicidad jurídica que asegura validez y brinda seguridad.

En esta misma línea del control, ante múltiples disposiciones o decisiones de la Administración central o local, de Ministerios y sus delegaciones terri-

[26] Prieto Valdés, M.: El control de constitucionalidad en Cuba. ¿Qué aprovechar del pasado para instrumentar en el presente?...cit., p. 13.

toriales, de la separación de las funciones administrativas y empresariales, ha de exigirse la instrumentación de medidas que a la vez que aseguren los objetivos generales del país, del desarrollo económico y reorganización del aparato de poder, garanticen material y jurídicamente los derechos que han sido defendidos como fundamentales en sede del diseño social nacional. Es oportuno recalcar que "medidas desde lo útil económico, sin tener en cuenta su impacto social", pueden generar lesiones de los derechos o principios y valores imperantes en la sociedad.

De tal suerte, frente a cualesquiera de las lesiones o amenazas posibles como resultas de medidas de reorganización empresarial o administrativa y del aparato de poder, ha de asegurarse la obligatoriedad de la instrumentación del control previo político de constitucionalidad por los órganos representativos a cada nivel, sin obviar el control posterior asentado en la Asamblea Nacional, o en cualesquiera de los órganos que están llamados para la detección de las posibles vulneraciones, así como la adopción de reglas jurídico-políticas que pauten solución a las actuales contradicciones normativas, asegurando la validez formal y material, puesta en duda, de las disposiciones. Es esta una exigencia para la eficacia de lo constitucional, en tanto no se reforme mediante el voto popular directo el texto y se conciba un control de constitucionalidad judicial.

Así entonces, a fin de recabar la vigilancia constante y el aseguramiento de la inalterabilidad de los contenidos constitucionales, se sugiere:

- establecer una clara diferenciación en la práctica política y jurídica entre lo constitucional y lo legal u ordinario, no como mera expresión doctrinal-normativa, sino resultado de la jerarquía de los distintos entes intervinientes en el proceso de creación jurídica, con impacto lógico en los efectos de las decisiones. Ello hará más factible la instrumentación del control posterior concentrado en la Asamblea Nacional del Poder Popular y el que pueden ejercer los demás órganos como parte de la verificación del funcionamiento de los inferiores en los marcos legales previstos.
- reconocer la acción pública a favor del ciudadano –individual y colectivamente– como parte principal y estimulador del control político de la constitucionalidad ante la Asamblea Nacional respecto a las Leyes, Decretos Leyes y Decretos, con efectos *erga omnes*. De igual manera, si las acciones en pos de la institucionalidad han de ser tarea de todos, la ciudadanía también debe poder promover –en sede política– la revocación de disposiciones restrictivas de derechos consagrados constitucionalmente. Bien que podría retomarse la iniciativa popular, ciudadana y colectiva –contenida en el derogado Reglamento de la Asamblea Nacional[27]–, para promover tales análisis.

[27] Ver Reglamento de la Asamblea Nacional del Poder Popular de 1982, Disposición transitoria única. Otorgaba la facultad de promover acción por cuestiones de constitucionalidad de las leyes, decretos leyes, decretos y demás disposiciones gene-

- estimular igualmente, a favor del ciudadano –individual o colectivo– el acceso a la justicia que, como medio para la defensa de los derechos fundamentales, estimule el control concreto de la legalidad y de la constitucionalidad en sede judicial, ya sea ante todos los tribunales o de manera concentrada en una Sala especial, correspondiéndole a la Asamblea Nacional la declaración de nulidad o invalidez de la disposición, por inconstitucionalidad o ilegalidad.

Las dos propuestas anteriores descansan en la máxima de que "desconocer la acción ciudadana directa vacía de contenido la catalogación como democrático de cualquier diseño político hoy", por lo que se debe restablecer la acción de uno o varios ciudadanos para estimular el control, por cualquiera de las vías. De tal suerte seremos todos quienes verifiquemos y exijamos el cumplimiento de la Constitución.

Toda esta insistencia tiene una razón: si las Constituciones contienen mandatos jurídicos, no realizar el control previsto por falta de Ley de desarrollo genera una doble inconstitucionalidad, la primera por no haberse dictado las normativas que regulen la institución y la segunda por no haber realizado el control.

En otras palabras, el control no tiene como finalidad la restricción, sino verificar y a la vez garantizar el cumplimiento de las disposiciones y reglas del texto superior, con lo cual se preservará la validez, vigencia, eficacia y legitimidad de las disposiciones desde el punto mismo de la creación del Derecho o ya durante su aplicación. Es, por tanto, una exigencia para asegurar no solo la voluntad del representante popular respecto a los designados, sino del pueblo en su carácter soberano y constituyente.

---

rales a los Diputados, al Consejo de Estado, al Consejo de Ministros, los Organismos de la Administración Central del Estado, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Supremo Popular, las Direcciones nacionales de las Organizaciones Sociales y de Masas, así como una acción pública, pero de forma colectiva, a 25 ciudadanos cubanos que se hallaren en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos. Esta última regla se previó para la defensa de derechos –promovida por parte afectada– frente a disposición general, a la vez que contribuía a la supremacía de la Constitución.

Defensa de los derechos constitucionales en Cuba

Amanda Laura Prieto Valdés*

El proceso como garantía para la defensa de los derechos

El *proceso*, esa serie de actos desarrollados progresivamente con el objeto de lograr un fin previsto, en el que todos los pasos y acciones se realizan para acceder a un determinado objetivo, y con la idea de una unidad de actos encaminados en su conjunto a un específico fin, emerge como garantía de los derechos. Esta es la acepción amplia de proceso que se asume en el presente trabajo frente a los diversos enfoques o el uso indiscriminado del término, porque lo mismo se le utiliza para identificar todo el conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas,[1] como para designar al proceso legislativo o proceso de interpretación de las leyes, como para señalar la secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia entre las partes que se presentan ante una autoridad imparcial e independiente, en este caso juez o Tribunal, respecto de las reclamaciones que se sustentan.

En sentido estricto, y en función de esta investigación, nos interesa la acepción que asume *proceso* para referirse a una sucesión de actos en sede judicial, cuya realización tiene como objetivo que se produzca la aplicación de la ley a un caso concreto y particular, a los efectos de constituir garantía para la plena realización de los derechos. Valgan las palabras de García Belaunde, quien destaca que el objetivo principal del proceso es dirimir controversias, pudiendo convertirse en un instrumento reforzador de valores y principios; proceso este que requiere que el mismo sea rápido, ágil y garantista,[2] junto a la imparcialidad

* Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo* (Prólogo de J. Sáenz), t. IV. *Procedimiento Administrativo*, 8ª ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004, p. 6.

[2] García Belaunde, Domingo: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 3ª edición revisada, corregida y aumentada (edición al cuidado y

del órgano que aplicará la ley al caso en la solución de la conflictualidad. Por tanto, esa existencia de un proceso, o de la vía procesal, constituye medio de garantía para asegurar el disfrute y la plena realización de los derechos, por lo que nos permite aseverar que el proceso constituye un instrumento importante para la realización de la justicia y un baluarte del Estado de Derecho.

A la vez, si partimos de que el Derecho tiene entre sus funciones ordenar la sociedad, así como establecer límites y garantías a las conductas en una determinada esfera social, por su importancia, dados sus efectos o lo que persigue, merece la determinación de instituciones, órganos que lo aseguren. De tal suerte, al presentarse una situación conflictual que afecte el ejercicio de los derechos e intereses de los entes que se vinculan, es menester la presencia de un tercero imparcial para que valore y decida, de forma tal que se concrete una vía de aseguramiento de los postulados normativos y las pretensiones en juego. Es por ello que frente a las laceraciones, afectaciones o vulneraciones de derechos por parte de entes privados o las instituciones públicas, existen diversos medios instituidos al efecto para establecer reclamo en defensa de los derechos.

En Cuba, entre los mecanismos establecidos para accionar ante una necesidad de defensa de los derechos frente a un ente público tenemos el procedimiento o el recurso administrativo; el proceso administrativo ante la Administración y ante los Tribunales una vez agotada la vía administrativa; y aparece la Queja ante la Fiscalía y los Órganos Locales del Poder Popular.

Otros son los mecanismos establecidos cuando el lacerador de derechos es un ente privado. Ante estos supuestos, básicamente, es donde se da el proceso civil para derechos vinculados a la propiedad. Cabría entonces preguntarse, ¿ante quién reclamamos cuando la vulneración se produce en relación a los nuevos actores económicos que actualmente se encuentran en auge, con mucha más fuerza que con anterioridad; o ante las nuevas fórmulas de cogestión empresarial que se vienen presentando? He aquí la implicación de otros actores que no siempre coincide en que sea la Administración; y ante estos casos, ¿qué proceder emplear?

Hay aquí, entonces, un grupo de interrogantes referidas al estudio, análisis y defensa de los derechos en sentido general. Pero si nos referimos a derechos que, por su importancia, aparecen consagrados constitucionalmente, salta a la vista la necesidad de la configuración y existencia de mecanismos expeditos y garantistas para la defensa de los mismos. Se requiere entonces medios de defensa que han de ser capaces de detener la lesión o amenaza, ante la acción o inacción del ente vulnerador hasta la solución del litigio y la culminación del proceso, con suficiente fuerza para mandatar y obligar a los vulneradores al restablecimiento de los derechos que han sido lesionados y capaces de ordenar lo conculcado.

---

prólogo de José F. Palomino Manchego), Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002. pp. 11 y 33.

Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, limitaciones presentes

¿Con qué garantías jurisdiccionales contamos en Cuba?

La nueva organización del poder que se estableció en 1976, los nuevos principios que pautaron su organización interna y funcionamiento –unidad de poder y centralismo democrático–, configuraron la existencia de un solo poder del Estado, teniendo en la cúspide a la Asamblea Nacional del Poder Popular, a la cual se subordinan todos los órganos del Estado cubano sin la noción de contraposición de órganos, ni tampoco del individuo con el Estado que se consideraba parte de aquel, dados los fines constitucionalmente previstos para el nuevo aparato de poder.[3] Todo ello reclamaba también una nueva ordenación de las instituciones jurisdiccionales, y de los procesos que podían sustanciarse ante ellos, por lo que siguiendo la línea establecida en 1973, en la Ley de Organización del Sistema Judicial, se subordinó el sistema de Tribunales a la Asamblea Nacional del Poder Popular y se crearon órganos colegiados para impartir justicia con participación popular.

En el orden sustantivo, se previó en el texto constitucional, artículo 26, el derecho de toda persona a reclamar y a obtener la correspondiente reparación o indemnización en las formas previstas frente al actuar de la Administración.[4] Una vía para acceder a los tribunales, pero en la práctica no ha sido sinónimo de ello en función de la defensa de los derechos de rango constitucional. Amén de lo antes expuesto, es verdad que la Constitución no establece que dicho

---

[3] Ver Constitución de la República de Cuba de 1976, Art. 8: El Estado socialista: a) realiza la voluntad del pueblo trabajador y garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad;

[4] Constitución de la República de Cuba de 1976, ref. 2002, Art. 26: Toda persona que sufriere daño o perjuicio causado indebidamente por funcionarios o agentes del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos, tiene derecho a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización en la forma que establece la ley.
Sobre este tema, la profesora Prieto Valdés ha reiterado la necesidad de perfeccionamiento de la institución de la responsabilidad administrativa, como medio de garantía de la ciudadanía. Ver Prieto Valdés, Martha: "La defensa Jurídica de la Constitución cubana", *Revista Cubana de Derecho*, No. 30, 2008; Prieto Valdés, Martha: "La Reforma de 1992", en Pérez Hernández, L. y M. Prieto Valdés (Comps.): *Temas de Derecho Constitucional*, primera edición 2000, reimpresión 2004, Editorial Félix Varela, p. 216; Prieto Valdés, Martha y Amanda Laura Prieto Valdés: "La Constitución, los derechos y el control. De Cuba, propuestas", en Huck, Winfried y Pérez Martínez, Yuri (Hrsg./Eds.): *Derecho, Economía y Sociedad en el siglo XXI, II Simposio Germano-Cubano de Derecho, 2013*, La Habana, Cuba, Verlac Dr. KovačGmbH, Hamburg, 2013.

mecanismo sea especialmente para la defensa de los derechos constitucionales, porque el precepto no distingue, pero no se puede negar la regulación en la normativa suprema del derecho a la exigencia de estos.

Si de defensa de los derechos en sede administrativa se trata, vale tener en cuenta las limitaciones que emanaron de la normativa ordinaria procesal, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE). Así, la referida ley, en el artículo 656,[5] regula uno de los procederes establecidos para la defensa de los derechos, posibilitando la impugnación de las disposiciones de carácter general o incluso resoluciones provenientes de los Organismos de la Administración Central del Estado,[6] en todos sus niveles, que vulneren derechos legalmente establecidos a favor de quien reclama, pero existen excepciones a esta regla en los artículos 657 y 673. Es de advertir que de su ámbito de protección quedan excluidas las cuestiones referidas a las materias constitucionales y el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, como se precisa en el artículo 657.4.[7]

En relación con lo antes expuesto es menester señalar que la intervención del Tribunal en materia constitucional no supone que estos órganos interfieran en la función que le corresponde a la ANPP[8] de determinar la constitucionalidad de las leyes. La intención es que intervengan en función de lo que son, órganos garantes de la justicia, y que resuelvan respecto al caso en tanto se les presente reclamación por vulneración de derechos, ya sea por decisión o acto administrativo, o por normativa emanada de la Administración que lesione, restrinja o limite el ejercicio del derecho consagrado en la Constitución. Lo cierto es que los Tribunales Populares son los únicos que están llamados constitucionalmente a intervenir como órganos de impartición de justicia[9] frente a

---

[5] LPCALE, Art. 656: La jurisdicción en materia administrativa conocerá de: 1. todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración y que, en uno u otro caso, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, salvo lo dispuesto en los Artículos 657 y 673; 2. las cuestiones relacionadas con la aplicación de la legislación de la Reforma Urbana; 3. las demás cuestiones que la ley le atribuya especialmente.

[6] En lo adelante OACE.

[7] LPCALE, Art. 657: No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad concerniente a: 4. las materias constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social; 6. el ejercicio de la potestad discrecional.

[8] Constitución de la República de Cuba de 1976, ref. 2002, Art. 75: Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales; ch) revocar en todo o en parte los decretos-leyes que haya dictado el Consejo de Estado.

[9] Expresión que solo se consigna para los Tribunales Populares. Ver Constitución de 1976, ref. art. 120. La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejer-

cualquiera que pretenda subrogarse en su lugar y grado y limite la defensa de los derechos.

Otro aspecto medular a tener en cuenta de la normativa procesal ordinaria, en su artículo 673, es la imposibilidad de impugnar las resoluciones que sean reproductivas de otras anteriores definitivas y firmes y a las confirmatorias de acuerdos consentidos.[10] Así también está presente la limitación o restricción en el acceso a la vía judicial, pues a fin de preservar a la Administración Pública de ataques de particulares, se sigue teniendo como requisito previo el agotamiento de la vía administrativa interna, tal y como se consagra en los artículos 670, apartado 2, y 671, ambos de la LPCALE.[11] Tal es que el condicionamiento del acceso a la justicia por la previa resolución administrativa supone un límite a la vía judicial.

Se defiende la idea de que no debe haber restricciones de ningún tipo en el acceso a la justicia para reclamar actos o disposiciones de la Administración, en especial si tenemos en cuenta que esta es una forma de intervenir la población en el control del actuar de esta, al menos, frente a los lesionadores de derechos. Dicha ordenación merece ser revisada y reformulada debiendo resaltar que la misma ha de establecer que toda persona ha de tener la facultad de recurrir ante todos los órganos del Estado para obtener la protección de sus derechos, en particular los constitucionales.

Hoy, el Estado cubano no es capaz de garantizar materialmente los derechos con la plenitud con que lo hacía al momento de aprobación de la Constitución; también se presentan casos de abuso de poder, pérdida de valores, u otros que lesionan derechos, todo lo cual incide en el aseguramiento de los mismos y, por tanto, se hace más necesario que los tribunales puedan conocer de las reclamaciones por lesión a todos los derechos, en especial los constitucionales.

Así, el acceso a la justicia, o la previsión de un proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales, permitiría, al decir de autores como

---

cida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

[10] Pereira Basanta, Jolene: "Sobre el recurso de plena jurisdicción y otros presupuestos de acceso a la justicia administrativa en Cuba. Apuntes de una trayectoria histórica", en Matilla Correa, Andry, Álvarez Torres, Osvaldo Manuel, y Martínez Montenegro, Isnel (Coordinadores), *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario. Homenaje al profesor Orestes Hernández Más*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2013, p. 416.

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

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

Marcheco Acuña[12] y Prieto Valdés,[13] precisamente, que sean los tribunales los garantes por excelencia en la solución de los conflictos, reconocedores o limitadores de los derechos. Asimismo, Cutié Mustelier ha afirmado que la sola posibilidad de acudir a un órgano imparcial, independiente, capaz de aplicar los derechos fundamentales de conformidad con su contenido constitucionalmente reconocido, permite o posibilita a quien vea vulnerado o amenazado un derecho humano, obtener su protección y reparación; lo que sin dudas constituye garantía primordial.[14]

En la misma línea, Cutié Mustelier y Méndez López defienden que no basta para asegurar la protección real y efectiva de los derechos, que estos sean consagrados constitucionalmente, si no van acompañados de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de los mismos.

Pero también es sabido que esta efectividad depende, más que del reconocimiento constitucional de tales derechos de la existencia, de mecanismos adecuados para reclamar ante las vulneraciones y lesiones que contra ellos puedan manifestarse, unido a la necesaria condicionalidad material para su pleno disfrute.

Queda claro entonces, que todos los derechos reclaman por igual de la existencia de garantías materiales y jurídicas, normativas y procesales, e institucionales que concurran a la protección y validación de los mismos.

Ante las cambiantes condiciones, urge una ordenación coherente de un sistema de garantías que asegure el ejercicio y defensa de los derechos constitucionales. Por tanto, se hace preciso asegurar la existencia de un proceso previamente determinado por ley, por medio del cual se garantice el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el texto superior.

El proceso constitucional, una propuesta para la Cuba de hoy

Como garantía del pleno ejercicio y realización de los derechos constitucionales habrán de fijarse los requisitos procesales para revisar el actuar de aquellos que amenacen de manera cierta o lesionen dichos derechos, incluso frente a decisiones judiciales que con su implementación resulten ser objeto de contradicción con el disfrute de los derechos de rango constitucional.

[12] Marcheco Acuña, Benjamín: *El proceso administrativo cubano en los inicios del siglo XXI*, Editorial Académica Española, 2012.

[13] Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: "Informe Final de la Investigación acerca de las Quejas de la Población en Ciudad Habana" (inédito), Biblioteca de la Facultad de Derecho, UH, 1999.

[14] Ver Cutié Mustelier, Danelia: "El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba", Tesis en opción del grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1999, p. 76.

¿Por qué? Porque como se ha expuesto con anterioridad, y aquí se reitera, el proceso constitucional de configuración especial constituye un mecanismo de protección de derechos y libertades individuales y colectivas. Es este proceder, además, el ámbito propicio para el logro del equilibrio entre esos intereses privados y la tutela de intereses públicos que derivan de la necesidad de protección y de restablecimiento del ordenamiento jurídico quebrantado.

Queda claro entonces, que ha de ser configurado el proceso especial entendido como medio de garantía superior, en aras de la efectiva realización y el pleno ejercicio de los derechos constitucionalizados. Institución esta que ha de concebirse bajo las premisas o pilares básicos, a saber: la igualdad jurídica, en la ley y ante la ley; la legalidad, entendida tanto en su sentido amplio de sujeción a la ley, como en la exigencia del respeto a la estructura interna del ordenamiento jurídico, y, por último, la seguridad jurídica, que emana de la ley autorizante, de la existencia de un proceso y de la posibilidad de defensa de los derechos lesionados.[15]

Tampoco debe obviarse, cuando así lo ameriten, la participación del Fiscal en representación de personas con cualidades especiales, incapacitados, discapacitados para actuar o menores sin representación legal para ello, el cual ha de ser designado para esta función en específico, evitando así que confluyan en él otras funciones: la de representar al Estado, así como la de velar o garantizar la legalidad de los actos.

No menos importante que lo antes abordado y en relación con ello, es la suspensión temporal del acto administrativo lesivo como posible efecto de la interposición del proceso; todo ello en pos de la salvaguarda de los derechos constitucionales amenazados o lesionados. Es así que cuando es un ente del aparato de poder el vulnerador se hace necesaria tal medida o decisión respecto a la persona en particular, hasta que el Tribunal determine y falle, en aras de proteger y garantizar los derechos de rango superior que sufrieron laceración o daños.

¿Por qué se insiste en la concepción e instrumentación de un proceso constitucional? No es secreto que los derechos consagrados en la Constitución cubana no tienen tutela jurídica especial, no todos están desarrollados por leyes y se reclaman como cualquier otro derecho. Entonces, ¿cómo asegurar su eficacia? A través de su concreción armónica en leyes de desarrollo como resultado de la interpretación de los postulados constitucionales, o de aplicación directa del magno texto ante vacíos o antinomias que generan inconstitucionalidades.

[15] Ver Prieto Valdés, Martha y Lissette Pérez Hernández: "Los Derechos Humanos de los cubanos; su protección y defensa. Análisis y propuestas", Resultado de investigación, actualizado junio, 2006. Ver también en CD-VII Seminario Internacional de Derecho Constitucional, La Habana, 2007.

Como están las cosas hoy, existen disposiciones generales emanadas del aparato de poder que no permiten o restringen el acceso a la vía judicial[16] aun cuando limiten el ejercicio de derechos constitucionales; la actividad discrecional de la Administración no puede ser objeto de revisión ni control por parte del administrado ante una lesión real de un derecho reconocido en el magno texto; ante la existencia de una normativa inferior que resulta lesiva al derecho constitucional subsiste la imposibilidad de invocar ante tribunales cuestiones referidas a materias constitucionales; entonces, ¿Cómo queda la protección, específicamente, de los derechos en el texto superior reconocidos? Es por lo antes señalado, que se vuelve a afirmar que urge la implementación de un proceso especial, ante una Sala Especial del Tribunal Supremo Popular, para reclamar la defensa de los derechos constitucionales, frente a todos aquellos que puedan lesionar de manera efectiva y real los mismos.

Otro punto de interés con relación a este tema es lo concerniente a la inexistencia de normativas que desarrollen un precepto constitucional. ¿Qué hacer entonces ante la inexistencia de una ley, disposición o normativa que debe desarrollar el mandato constitucional, y cuando por tal motivo se impide o restringe el ejercicio pleno y cabal de un derecho? ¿Qué hacer ante disposiciones inferiores que desvían el sentido de la norma superior garantista; o que impiden el acceso de todos a la vía judicial, a accionar los tribunales? ¿Qué garantía puede recibir una persona ante decisión judicial asentada en una normativa inferior restrictiva de la superior garantista?

Consiguientemente, estamos hablando de la imperiosa necesidad de la configuración de un proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales.

---

[16] Ver Decreto - Ley 99 de 25 de diciembre de 1987 " De las contravenciones personales", art. 23: La autoridad facultada para resolver el recurso deberá decidir lo que proceda dentro de los quince días naturales siguientes a la recepción del recurso. Contra lo resuelto no se concederá recurso alguno ni en lo administrativo ni en lo judicial.

Asimismo, Decreto Ley 125 de 30 de enero 1991, art. 41: Contra lo resuelto por el Ministro de la Agricultura no cabrá recurso ni procedimiento alguno en la vía judicial, donde sólo serán admisibles las reclamaciones relativas a inconformidad con el precio de lo pagado por quien se considere perjudicado con las medidas a que se refieren los artículos 10 y 11.

Ver Decreto Ley 149 de 4 de mayo 1994, art. 9: Recibido el expediente, el Ministro de Finanzas y Precios dictará la Resolución que corresponda o, en su caso, solicitará del Fiscal información complementaria sobre los extremos que lo requieran, y cumplido ello, dictará resolución. La resolución dictada por el Ministro de Finanzas y Precios será susceptible de ser recurrida por el afectado. Contra lo resuelto definitivamente no se dará recurso ni proceso alguno en lo administrativo ni en lo judicial.

Excepcionalmente se faculta al Ministro de Finanzas y Precios a disponer, de oficio o a instancia del Fiscal General de la República, la revisión de las resoluciones confiscatorias dictadas.

Es ante tales supuestos y para la configuración de este proceso especial para la defensa de los derechos reconocidos en el magno texto, que debieran tenerse en cuenta determinados presupuestos imprescindibles, como son: la práctica obligada de la aplicación directa de la Constitución, no como norma de acompañamiento sino como regla directa de solución de conflicto,[17] la ejecutoriedad inmediata de las sentencias judiciales, y la exigencia de responsabilidad a quien incumpla el mandato judicial de restablecer el derecho lesionado, restringido o vulnerado.

Ahora bien, ante la ausencia de un proceder sencillo, rápido y con amplias y eficaces medidas precautorias que impidan la vulneración de los derechos durante la reclamación; que propicien la posible restitución o reparación de los derechos infringidos o lesionados ya sea por un actuar o inactuar de la Administración o de particulares; ante la ausencia de normativas o la existencia de antinomias, es que se propone:

La configuración de un proceso especial con tutela constitucional, asentado bajo los principios de celeridad, sencillez, inmediatez, preferencia, especialidad, brevedad, gratuidad, transparencia, oralidad, publicidad, igualdad en la ley y ante la ley, seguridad jurídica y legalidad. Así mismo ha de ser un proceso donde el fallo, o el mandato de restablecimiento del derecho sea de inmediato cumplimiento y con efectos *erga omnes*.

Conclusiones

En Cuba, al no tener los derechos constitucionales, *per se*, la garantía judicial especial para su defensa frente a vulneraciones que puedan provenir tanto de la Administración o cualquier otra persona; dadas las limitaciones de acceso a la justicia, o de cuestionamiento de determinadas materias en sede judicial para la protección de derechos y libertades individuales y colectivas reconocidos en el texto constitucional, se hace necesario asegurar el acceso a la justicia de todos y es el Proceso constitucional el mecanismo idóneo para ello.

Por tal motivo, se hace necesaria la modificación de la regulación constitucional estipulando nuevos derechos y el proceso especial para su defensa; y junto a ello, de las normativas ordinarias requeridas, a fin de que la justicia cubana pueda cumplir con más eficacia con su objetivo primordial: "ser garantía eficaz para todos los derechos".

En consecuencia, de tratarse de derechos constitucionales, su protección no debe recaer exclusivamente en procesos ordinarios, con las demoras que estos habitualmente tienen, sino que necesitan de una protección especial, diferenciada, a fin de que puedan hacerse efectivos con la inmediatez que su importancia reclama.

[17] Prieto Valdés, Martha: "Derechos y control. Propuestas para asegurar justicia". Conferencia en *Encuentro Cuba-Ecuador*, La Habana, 26 de marzo, 2015.

Nociones preliminares para un nuevo enfoque de los fundamentos jurídicos de los recursos administrativos en Cuba

Orisell Richards Martínez*

Notas introductorias

Las consideraciones que se presentan a continuación pretenden introducir algunas reflexiones en torno al tema de los recursos administrativos en el ámbito jurídico nacional. A tales efectos –y sin procurar hacer un estudio exhaustivo de la categoría de referencia–, de lo que se trata es de realizar algunas valoraciones que contribuyan a incentivar el debate, desde nuestros predios, en torno a la necesidad de repensar algunos de sus actuales fundamentos.

En este sentido, a lo primero que debe prestársele atención es al denominado "nuevo enfoque" y por consiguiente a las razones que motivaron su planteamiento. Por un lado, resulta notable en nuestro ámbito jurídico la presencia de los recursos administrativos como medios para la impugnación de las decisiones administrativas, sin embargo, al propio tiempo también es un hecho que, en ocasiones, constituyen una carga para los administrados en tanto se convierten en un límite a la defensa que tiene lugar en la vía administrativa. A ello se adiciona la existencia de un régimen jurídico que en lo que se refiere a su ordenación y tramitación resulta insuficiente a los fines de su adecuada articulación jurídica.

Esta cuestión explica, del otro lado, el para qué del denominado "nuevo enfoque" y que a los efectos del trabajo de referencia se traduce en una mayor protección jurídica en este ámbito de actuación de la Administración Pública, máxime si se valoran las condiciones en las que tradicionalmente se desarrollan estos controles administrativos.

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

A propósito de la necesaria uniformidad de los procedimientos administrativos: con especial atención en la impugnación

En la construcción teórica de los recursos administrativos como medios para la protección jurídica de los administrados, la cuestión del equilibrio en las relaciones jurídico-administrativas constituye un eje transversal y cuya instrumentación puede hacerse notar por medio de los procedimientos administrativos.

Sobre ese prisma de análisis se garantiza no solo la sujeción positiva de la Administración Pública al Derecho, sino que además se establecen los mecanismos para la protección jurídica de los administrados. Así pues, desde esta perspectiva se hacen visibles las principales funciones que han sido determinantes en el diseño de los procedimientos administrativos, y que incluso se han ido perfilando sobre los nuevos retos que demanda la sociedad moderna.

En lo que a los recursos administrativos respecta, hay que destacar que su interposición inicia un procedimiento "de segundo grado",[1] que deberá sujetarse –de conformidad con las finalidades reconocidas anteriormente–, a un grupo de principios "connotados por ese carácter de impugnación, que les da su propia y especial fisionomía".[2] Es por ello que en la regulación jurídica de los recursos administrativos y su régimen, la cuestión de los procedimientos merece especial significación, condición que se hace extensiva a la debida implementación de estos mecanismos para la defensa administrativa. Sobre esta cuestión resultan significativas las transformaciones respecto de la uniformidad y que han ido consolidándose en el ámbito iberoamericano a partir del siglo XX,[3] modificaciones que se han visto reflejadas tanto en las cuestiones relativas al funcionamiento administrativo como en el fortalecimiento de los medios para la protección jurídica de los administrados. Claro que el criterio precedente no desconoce la posibilidad de regulación especial ante determinadas condiciones y sobre criterios específicos, de acuerdo a las exigencias de cada orden jurídico.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la unificación de los procedimientos ha contribuido a la unidad y coherencia en su articulación, criterio que ha servido no solo a la eficacia sino además a su eficiencia en la instrumentación jurídica.

---

[1] Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano: *Manual básico de Derecho Administrativo*, 7ma. edición, Ed. Tecnos, 2010, p. 501.

[2] Escola, Héctor Jorge: *Tratado General de procedimiento administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 253.

[3] Un estudio detallado a este respecto puede consultarse en Brewer Carías, Allan R.: *Principios del Procedimiento Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid 1990, pp. 437 y ss.

Desde esta perspectiva, y por la sectorialidad que resulta visible en el régimen de los recursos administrativos en Cuba, una de las primeras cuestiones que merece significarse atraviesa por la necesidad de una ordenación jurídica que de manera armónica contribuya a la articulación de un procedimiento administrativo uniforme para la impugnación de las decisiones administrativas a los efectos de lograr un tratamiento común que resulte beneficioso tanto para el ejercicio de la función administrativa como para la protección de los administrados.

En esta línea de razonamiento, y en lo que a la revisión administrativa se refiere –en especial la que tiene lugar por vía de recursos–, es necesario valorar dos cuestiones iniciales que a los efectos del perfeccionamiento de la actual regulación jurídica pudieran tenerse en cuenta. De una parte, la visión respecto de la formalidad o no que debiera incorporarse a estos procedimientos y, de la otra, respecto del papel activo que debe desempeñar la Administración Pública en estos casos.

Ambos enfoques tienen en las relaciones jurídico-administrativas una mirada ya desde los administrados, como principales destinatarios de la función administrativa; ya desde la Administración Pública como el principal gestor de la satisfacción del interés general. En este sentido, y sin desconocer la existencia de otros principios de especial significación también, para un análisis preliminar desde la perspectiva nacional destacaremos solo dos por la importancia para el tema que se analiza y por la trascendencia que tienen en el perfeccionamiento del régimen actual.

En lo que a los administrados respecta "el principio antiformalista conlleva que, cuando los ciudadanos sean parte en el procedimiento administrativo, su participación no estará sometida a requisitos de forma que puedan dificultar la decisión final, sino que, por el contrario, los requisitos formales están al servicio de una correcta decisión sobre el fondo, pero han de ser flexibles (…)".[4] Desde esta perspectiva, y porque a la naturaleza de estos mecanismos viene atribuida esta condición, resulta necesario diseñar procedimientos bajo la premisa del también denominado formalismo moderado.

En este sentido, para la articulación de los recursos administrativos resulta clara la no obligatoriedad de exigir representación letrada para la implementación de tales. Sin embargo, el tecnicismo propio de algunos de ellos obliga en ocasiones, casi como exigencia natural, al acompañamiento de un abogado que permita sortear los disímiles procedimientos que, en ocasiones, congestionan el cauce natural de actuación administrativa; criterio que supone obligada transformación para que los procedimientos de referencia cumplan sus fines.

Este elemento está muy vinculado, por su parte, con la necesidad de flexibilizar determinadas condiciones de admisibilidad que, por su naturaleza,

[4] Trayter Jiménez, Joan Manuel: *Derecho Administrativo, Parte General*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2013, p. 364.

no necesariamente son indispensables para la debida articulación de estos procedimientos, lo que puede convertirse en una limitación para el acceso a la vía administrativa y al mismo tiempo a la vía judicial.

En nuestro caso, por ejemplo, el reconocimiento de diferentes recursos administrativos, en un ámbito propio de actuación administrativa, ha estado asociado a la obligatoriedad de agotar un recurso administrativo, como presupuesto para el acceso al siguiente; criterio que se vincula a las relaciones de jerarquía que, entre los diferentes niveles de subordinación, puede apreciarse en la esfera de la Administración Pública. Esta condición, si bien es cierto que propende al control del órgano superior respecto del inferior, es una cuestión que pudiera ser objeto de valoración a los efectos de contribuir a una mayor protección jurídica cuando determinadas condiciones de orden formal se convierten en un límite al control en estos espacios. A este respecto resultan visibles las cuestiones relacionadas con el plazo para la interposición y tramitación de los recursos administrativos, así como las relativas a su terminación, de la mano de la motivación de las decisiones administrativas.

En igual sentido, desde la perspectiva tributaria puede verse el reconocimiento de otras condiciones de admisibilidad que, aunque preceptivas en algunos espacios de actuación administrativa, pudieran ser objeto de valoración pese a la condición excepcional que en casos específicos se le ha reconocido. Desde este enfoque, entre otros ejemplos, la materia tributaria resulta notable cuando se dispone para el recurso de alzada la exigencia de la regla de previo pago –*solve et repete*–, como condición indispensable para revisar las decisiones deducidas del recurso de reforma en una instancia superior.[5] Aunque se reconoce con carácter excepcional la posibilidad de revisión de esta condición por parte de la Administración Pública[6] –y sin desconocer las valoraciones que respecto de esta condición se han abordado–, lo cierto es que aunque resulte

[5] Véase el artículo 467 de la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012, Del Sistema Tributario, Gaceta Oficial Ordinaria, No. 53 de 21 de noviembre de 2012 cuando dispone: "El Recurso de Alzada procede contra toda resolución que desestime en todo o en parte el Recurso de Reforma, previo ingreso de la cantidad reclamada en calidad de depósito o cumplimentando la garantía exigida"; en relación con el artículo 471: "La Administración Tributaria puede declarar inadmisible el Recurso de Alzada cuando este se presente extemporáneo, o cuando no se haya pagado previamente la cantidad reclamada al momento de su interposición, o en su defecto, no se cumplimente la garantía exigida". Ambos en relación con los artículos 193 y 198 del Decreto No. 308 de 31 de octubre de 2012, Reglamento de las Normas Generales y de los Procedimientos Tributarios, Gaceta Oficial Ordinaria, No. 53 de 21 de noviembre de 2012.

[6] "A solicitud del reclamante y teniendo en cuenta su liquidez y otras circunstancias que dieron lugar a la determinación de la deuda tributaria, la autoridad que conoce del Recurso de Alzada, excepcionalmente puede autorizar su tramitación sin el cumplimiento del requisito de previo ingreso de la cantidad reclamada en calidad de depósito o cumplimentando la garantía exigida". Artículo 194 del Decreto

una expresión de potestad administrativa de carácter discrecional –limitada en sus controles judiciales–, constituye un ejemplo loable a valorar, máxime por su trascendencia para la protección jurídica de los administrados.[7] En igual sentido, pero en materia de contravenciones administrativas, se destaca la exigencia de previo pago, aunque para estos casos sin posibilidad de excepción, por lo tanto no se permite modificar la condición de admisibilidad del denominado recurso de apelación.[8]

Relacionado con lo anterior se destaca la necesidad de flexibilizar las condiciones de admisibilidad vinculadas con los errores cometidos en la calificación de los recursos administrativos, pero que a tenor del formalismo moderado, no siempre resulta determinante para la valoración. Es por ello que se ha sostenido que el error en la calificación no constituye un elemento que limite la interposición y consiguiente tramitación del recurso administrativo, criterio que favorece el buen hacer en la resolución de controversias frente a la Administración Pública.[9]

En nuestro ámbito jurídico, aunque se muestran escasos los ejemplos a través de los cuales se puede colegir la posibilidad de subsanación de los errores al momento de la interposición de los recursos administrativos, lo cierto es que

---

No. 308 de 31 de octubre de 2012, Reglamento de las Normas Generales y de los Procedimientos Tributarios…, cit.

[7] Algunos análisis sobre la vía administrativa previa en sede tributaria pueden verse en el estudio de Pérez Urquiza, Yalenni: "La revisión judicial de los actos en materia tributaria", Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 2011.

[8] Véanse los artículos 20 y 21 del Decreto-Ley No. 99 de 25 de diciembre de 1987 De las Contravenciones Personales, Gaceta Oficial Extraordinaria, No. 12 de 25 de diciembre de 1987.

[9] Los trabajos de referencia, desde la perspectiva normativa y jurisprudencial en diferentes regiones, así lo constatan: Parada Vázquez, Ramón: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común* (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Ed. Marcial Pons, S. A., Madrid, 1999, p. 385. Ver desarrollo explícito de la comparación en Vivancos, Eduardo: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Ley de 17 de julio de 1958, Ed. AHR-Barcelona, Barcelona, 1959, p. 185; Guzmán Napurí, Christian: *El procedimiento administrativo. Régimen jurídico y procedimientos especiales*, Ed. ARA Editores E.I.R.L, Lima, 2007, p. 278. Al respecto, se debe destacar que el autor relaciona este tema de error en la calificación con principios de artículos de la ley procedimental peruana (principio de informalismo, principio de conducta procedimental, principio de eficacia, deber de encauzar el procedimiento de oficio, obligaciones de unidades de recepción, observaciones a la documentación presentada, subsanación documental e impulso del procedimiento); Morón Urbina, Juan Carlos: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 9na. edición, Ed. Gaceta Jurídica, S. A., Lima, 2011, p. 633; Hutchinson, Tomás: *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 334.

resulta vital la necesidad de transformar la actual regulación en función de extender esta condición a todos los espacios de actuación administrativa.

Por otra parte, y en lo que a la Administración Pública respecta, la impulsión de oficio es otra de las cuestiones medulares para la debida instrumentación de los procedimientos administrativos de impugnación; ya que facilita no solo el adecuado funcionamiento del ejercicio de la función administrativa, sino que también fortalece la posición jurídica de los administrados en el marco de las relaciones jurídico-administrativas.

Desde esta perspectiva de análisis es a través de la impulsión de oficio que queda la Administración Pública vinculada con el procedimiento administrativo en todas sus formas. En este caso, "la aplicación correcta de esta regla jurídica nos revela que en materia de recursos es la Administración y no el ciudadano quien está obligada a dar al recurso la tramitación correspondiente, de acuerdo con su naturaleza, mientras que al administrado solo le basta exteriorizar con claridad su disconformidad".[10] Le asiste entonces a la Administración Pública la competencia en la determinación del sentido y alcance del recurso administrativo y, consecuentemente, la obligatoriedad para su reorientación.[11]

Sobre la base de las consideraciones precedentes, en el proceso de inicio de los recursos administrativos –de conformidad con los principios del procedimiento administrativo ya referenciados–, deberán determinarse los criterios que de manera general deben servir de base para la interposición del escrito de impugnación a los efectos de establecer pautas uniformes para la ordenación de los mecanismos de control en el ámbito de la Administración Pública y al propio tiempo contribuir al buen hacer en el ejercicio de la función administrativa.[12]

En esa línea de razonamiento –y en función de los mecanismos de protección jurídica de los administrados– deberá reconocerse con carácter general también, la posibilidad de subsanar los errores en los que puedan incurrir el administrado al momento de la interposición y que impidan colegir lo que se pretende impugnar; pues de lo contrario la impulsión de oficio y la inexistencia

---

[10] Morón Urbina, Juan Carlos: ob. cit., p. 634.

[11] Ibídem.

[12] Ello no desconoce que en leyes de desarrollo se establezcan determinados requisitos especiales que son necesarios para la actividad de la Administración. Véase por ejemplo en sede tributaria la obligatoriedad de incorporar el NIT (Número de Identificación Tributaria) en los escritos de interposición de recursos administrativos. "A los sujetos pasivos al momento de su inscripción en el Registro de Contribuyentes se les asigna un Número de Identificación Tributaria, en lo adelante NIT, que deben consignar en toda Declaración Jurada, recurso y cualquier otro documento que presenten a la Administración Tributaria, así como en las facturas u otros documentos de operaciones comerciales y financieras, que expidan por razón de sus obligaciones tributarias". Artículo 28 en relación con el 32 de la Ley No. 113 Del Sistema Tributario, ob. cit. Todos en relación con el artículo 189 del Decreto No. 308, ob. cit.

de formalidades obligarían a la Administración Pública a continuar el procedimiento en cuestión, criterio que adquiere una especial significación para el equilibrio que debe caracterizar las relaciones Administración-administrados.[13] Todo lo cual deberá tener un reflejo, como se puede colegir de las anteriores valoraciones, en un procedimiento que de manera general sirva para orientar con criterios comunes las principales pautas que deben informar a la actuación de la Administración Pública, para garantía no solo de los principales destinatarios de su gestión sino también de su adecuado funcionamiento.

Una mirada a los recursos administrativos desde la condición facultativa de la vía administrativa

En relación con las consideraciones precedentes, resalta de manera especial la condición de los recursos administrativos como presupuestos para el acceso a la justicia administrativa. En tal sentido, se ha ido asociando el inicio y tramitación de los procedimientos de impugnación con los procesos que se desarrollan en el ámbito judicial, principalmente porque la revisión en la vía judicial requiere de un procedimiento administrativo previo.

Desde esta perspectiva, son disímiles las regulaciones jurídicas que determinan las relaciones entre los recursos administrativos y el contencioso-administrativo, algunas de ellas dirigidas a reforzar el papel de la Administración Pública en los controles que en su ámbito se desarrollan, y otras a potenciar –de la mano de ese control previo– los mecanismos de protección jurídica de los administrados.

Estas consideraciones han movido el panorama científico desde diferentes posturas en torno al carácter obligatorio o facultativo de los recursos administrativos, frente a una regla en la que aún perviven limitaciones para la protección

[13] Este criterio se fundamenta en la concepción de que el Derecho Administrativo debe ser expresión del equilibrio entre la Administración Pública y los administrados. De conformidad con esta tesis, García de Enterría y Fernández destacan: "El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término todos los problemas jurídico-administrativos consisten –y esto conviene tenerlo bien presente– en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos". García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 15ta. edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, t. I, 2011, p. 57.

jurídica de los administrados, cuya transformación pudiera resultar beneficiosa en la eficacia de estos procedimientos.[14]

A este respecto, son interesantes algunas experiencias dirigidas a la modificación de la regla de agotar la vía administrativa como presupuesto para el acceso a la justicia e, incluso, su supresión, sobre todo a los efectos de la cumplimentación de las funciones atribuidas a los recursos administrativos. En este caso, es de significar el modelo francés, criterio que –conforme con las exigencias nacionales–, resulta extensivo al modelo italiano.[15]

En otro sentido, y aunque persiste la regla de que la vía administrativa resulta obligatoria a los efectos de acceder a la justicia, ello no es óbice para desconocer las preocupaciones en torno a esta temática, tanto en Europa como en Latinoamérica. En España, por ejemplo, los recursos administrativos constituyen presupuesto obligatorio para el acceso a la justicia administrativa,[16] elemento que también se fue haciendo extensivo en ese orden a países de nuestra área geográfica.

---

[14] Entre las posiciones doctrinales que valoran el carácter potestativo de los recursos administrativos, desde los trabajos dedicados en exclusiva a esta categoría jurídica, puede consultarse Sarmiento Acosta, Manuel J.: *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1996, pp. 410-412. Asimismo, puede verse, aunque reconociendo en su justa medida esta apreciación, Escuin Palop, Vicente y Belando Garín, Beatriz: *Los recursos administrativos*, 1ra. edición, Ed. Civitas Thomson-Reuters, 2011, pp. 40-41.

[15] "Antes, en el caso de una organización jerárquica con pluralidad de grados, había que plantear tantos recursos como grados existían; pero en la actualidad el artículo 1 del DPR de 24 de noviembre de 1971, número 1199, prevé un solo "recurso" en única instancia ante el órgano superior". En ese orden, "la Ley de 6 de diciembre de 1971, número 1034, creadora de los Tribunales Administrativos Regionales, al establecer que el recurso judicial también se puede presentar directamente contra actos no definitivos, ha llevado a cabo un cambio muy importante en lo que se refiere a las relaciones entre este recurso y los recursos administrativos ordinarios". Ver el estudio detallado en Cassarino, Sebastiano: "Los recursos administrativos en el Derecho italiano", revista *Documentación Administrativa*, No. 221, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, enero-marzo, 1990, pp. 42-43.

[16] "A la par de las garantías, los recursos administrativos son auténticos *presupuestos de la impugnación jurisdiccional*. A diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, en los que se configuran los recursos con carácter meramente potestativo, el sistema español parte de la exigencia de agotar la vía administrativa antes de acudir a la jurisdiccional contenciosa, lo que puede requerir, si el acto no agota originariamente dicha vía, la previa interposición de un recurso ante la propia Administración". Vega Labella, José Ignacio: "Recursos administrativos", en AA.VV., *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo*, Título VII De la revisión de los actos en vía administrativa, capítulo II, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2000, p. 704.

No obstante lo anterior, también son loables las evidencias de modificaciones normativas a este respecto, que, aunque de manera esporádica, apuestan por la transformación de esa realidad.[17] Estas consideraciones son una muestra de los cambios que han ido marcando el proceso de revisión del sistema de recursos administrativos, como condición fundamental para la existencia de la regla de agotar la vía administrativa; máxime si se tiene en cuenta que de ello depende, en buena medida, la cumplimentación de los fines para los que fueron concebidos. Es por ello que para el perfeccionamiento del régimen jurídico de los recursos administrativos se ha ubicado en el centro de la cuestión la imperiosa necesidad de potenciar el balance entre los intereses individuales y los colectivos.

Desde este prisma de análisis lo que se pretende es fortalecer la potencialidad jurídica de los recursos administrativos en tanto "permiten la anulación o reforma de actos, en principio inmodificables, por la propia Administración, que solo dispone como instrumentos para su modificación, en el caso de que originen derechos a favor de los administrados, del proceso contencioso administrativo de lesividad o la revisión de oficio".[18] En igual sentido, se estaría ofreciendo al ciudadano la posibilidad de resolver sus controversias con la Administración Pública, en los marcos de un procedimiento administrativo que por su naturaleza es más sencillo y debe conducir a la celeridad.[19]

---

[17] El artículo 31 del Código Procesal Contencioso-Administrativo de Costa Rica de 2006 dispuso en su apartado primero que el agotamiento de la vía administrativa tendrá carácter facultativo, exigencia también extendida al artículo 51 de la Ley No. 107-13 sobre el procedimiento administrativo en República Dominicana, que reconoce: "Los recursos administrativos tendrán carácter optativo para las personas, quienes a su opción, podrán interponerlos o acudir directamente a la vía contenciosa administrativa. La elección de la vía jurisdiccional hará perder la administrativa, pero la interposición del recurso administrativo no impedirá desistir del mismo en cualquier estado a fin de promover la vía contenciosa, ni impedirá que se interponga el recurso contencioso administrativo una vez resuelto el recurso administrativo o transcurrido el plazo para decidir". Ambas disposiciones pueden consultarse, en ese orden, en http://sitios.poder-judicial.go.cr/sala1/divulgacion/C%C3%B3digo%20Procesal%20Contencioso%20Administrativo.pdf (consultado el 24 de junio de 2015) y en http://transparencia.dicom.gob.do/descargas/Ley_No.107-13Derechos_y_Deberes_Personas_en_Relacion_Con_la_Administracion_Publica.pdf (consultado el 24 de junio de 2015).

[18] Escuin Palop, Vicente y Belando Garín, Beatriz: ob. cit., p. 30.

[19] Como se ha reconocido, el recurso administrativo "puede considerarse un instrumento eficaz –tanto por su sencillez, como por su mínimo coste económico–, no solo para la satisfacción de los legítimos intereses de los ciudadanos que se han visto afectados negativamente por una resolución de la Administración, sino también para remediar a tiempo las infracciones del principio de legalidad y, por tanto, proteger los intereses públicos dañados". Bermejo Vera, José: *Derecho Administrativo básico*, Parte General, 4ta. edición actualizada, Ed. Egido Editorial S.L., Zaragoza, 2002, p. 428. Véase, además, las consideraciones de Esteve Par-

Desde nuestros predios, las valoraciones a este respecto se relacionan con el carácter preceptivo que tradicionalmente se le ha reconocido a la vía administrativa y del otro, con los retos que impone –en el marco de las transformaciones que se desarrollan en nuestro país– el perfeccionamiento de los procedimientos administrativos de revisión, particularmente los que tienen lugar por medio de recursos administrativos.

En el ordenamiento jurídico cubano el agotamiento de la vía administrativa constituye un presupuesto obligatorio para el acceso a la justicia. Conforme se regula en el artículo 670 apartado 2 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, el proceso administrativo podrá promoverse únicamente contra las resoluciones que no sean susceptibles de ulterior recurso en la vía administrativa, ya sean definitivas o de trámite, si estas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto de tal modo que pongan término a dicha vía o hagan imposible su continuación.[20] En igual línea de razonamiento se pronuncia el artículo 671 *ab initio* de la Ley de referencia, cuando se reitera que los actos de aplicación solo podrán ser impugnados una vez agotada la vía administrativa.

Desde esta perspectiva, los actos impugnables en el proceso administrativo no pueden constituir objeto de revisión en esta vía si previamente no han sido conocidos en sede administrativa; tesis que fuera constatada por el Dictamen No. 61 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular contenido en el acuerdo No. 204 de 30 de abril de 1979. En este sentido y sin pretender realizar una valoración exhaustiva de esta disposición –máxime teniendo en cuenta la existencia de algunas consideraciones desde nuestros predios a este respecto[21]–, resulta destacable conforme al objeto de análisis, la confirmación de la exigencia de decisión administrativa no susceptible de recurso alguno para poder ser admitidas controversias a este respecto en sede judicial.

Es así que se asume entonces, conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, que el acto administrativo haya causado estado y que –conforme a los presupuestos anteriores– haya sido objeto de revisión por la máxima autoridad administrativa. Correspondiendo pues a los tribunales –de conformi-

---

do, José: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenas Aires, 2011, p. 227.

[20] Ley de Procedimiento Civil, Administrativo Laboral y Económico (LPCALE), Ley No. 7 de 19 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley No. 241 de 26 de septiembre de 2006.

[21] Puede verse en este sentido, Matilla Correa, Andry: "Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba", en González-Vara Ibáñez, Santiago (Director): *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, p. 42. Marcheco Acuña, Benjamín: "Los fundamentos jurídicos de la justicia administrativa en Cuba", Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, La Habana, 2014, pp. 95 y 81-82.

dad con lo establecido *ex lege*– la determinación de los criterios sobre los cuales se entiende agotada la vía administrativa, presupuesto conforme al cual no existe posibilidad de elegir entre agotar la vía administrativa o, en su defecto, acudir a la vía judicial, frente a la condición preceptiva de la regla.

A ello súmese que en la valoración integral del régimen jurídico de los recursos administrativos persisten insuficiencias que limitan la posibilidad de equilibrar las relaciones jurídico-administrativas. En este sentido, no se aprecia la existencia de una regulación jurídica específica que disponga la posibilidad de que el control de los actos administrativos por medio de recursos –en lo que a su contenido y alcance se refiere– pueda verificar tanto la legalidad de las decisiones de la Administración, por su importancia para garantizar la sujeción de la Administración al Derecho; así como el mérito o la oportunidad que motivaron la adopción de tales.

En este último caso, el reconocimiento de la posibilidad de controlar la oportunidad del acto administrativo permitiría revisar –por tratarse de una competencia administrativa– el contenido en sí mismo de la función administrativa para facilitar en el marco de los procedimientos recursivos, al propio tiempo, la opción de valorar desde otra perspectiva la decisión de la Administración; criterio que solo es posible en este ámbito de actuación –y no para el caso del control de los tribunales–, siempre y cuando se respete asimismo el principio que establece la prohibición de la *reformatio en peius.*

La regulación jurídica de referencia, de conjunto con las limitaciones que en el régimen jurídico de los recursos administrativos se puede apreciar, conducen a fortalecer las prerrogativas de la Administración en sus relaciones con los administrados, lo que evidencia la necesidad de replantearse la actual ordenación jurídica en sede de recursos administrativos.

Sobre la base de lo anterior deberá valorarse la pertinencia de la regla general de obligatoriedad en sede administrativa y en consecuencia, su ordenación con carácter preceptivo con el propósito de diseñar los recursos en función del derecho a recurrir, en el marco del perfeccionamiento de los mecanismos para la protección jurídica de los administrados y no como privilegios de la Administración en el ejercicio de sus funciones; criterio que trascendería tanto al fortalecimiento de la posición jurídica activa de los administrados en este tipo de procedimientos, como a la expedita articulación de su régimen jurídico.

En tal sentido, el rediseño del actual sistema de recursos administrativos en Cuba debe ordenarse para que exista como mecanismo de control de la función administrativa y, al propio tiempo, permita la protección jurídica de los administrados frente a la Administración Pública, equilibrio que debe caracterizar las relaciones jurídico-administrativas, y que en este ámbito en particular desarrolla un papel esencial. Esta constituye una premisa clave que, aunque trasciende la mera revisión administrativa para hacerse extensiva al funcionamiento tradicional de la Administración Pública, se ubica entre los principales puntos de partida para el perfeccionamiento del régimen en estudio.

A tal respecto y poniendo sobre la mira este primer presupuesto, dos cuestiones merecen destacarse. Por un lado, la necesidad de un régimen jurídico que de manera general sirva de base a la articulación de los recursos administrativos a los efectos de la racionalidad y celeridad en los procedimientos de impugnación, así como de la seguridad jurídica y confiabilidad en dicho sistema. Del otro lado y teniendo en cuenta la concepción amplia y sistémica que debe caracterizar los mecanismos de control de la actividad de la Administración Pública, es importante significar, además, la necesidad de la articulación del régimen jurídico de recursos administrativos, en el marco de los retos que impone –al propio tiempo– el perfeccionamiento de la justicia administrativa.

Algunas consideraciones relacionadas con el primer aspecto de valoración se vinculan al hecho de que la determinación de los criterios comunes para la ordenación de los recursos administrativos en Cuba –en pos de la simplificación de tales y sobre la base de su concepción como medio de control y de garantía para los administrados–, deberá concebirse a los efectos de garantizar el acceso pleno a la vía recursiva –con un orden jurídico coherente y sobre la base de un sistema de garantías–; criterio que no constituye un obstáculo para el desarrollo posterior de estos contenidos –en disposiciones normativas especiales– teniendo en cuenta los diferentes espacios de actuación de la Administración Pública.

A tales efectos –en el marco de la legalidad que debe informar el ejercicio de la función administrativa y en consecuencia la ordenación de los procedimientos administrativos de impugnación–, deberán tenerse en cuenta, por último, dos cuestiones que han sido poco abordadas en los estudios nacionales pero que por su trascendencia adquieren una connotación especial para el perfeccionamiento del régimen jurídico de los recursos administrativos desde nuestros predios. De una parte, la cuestión relacionada con los plazos para interponer y tramitar, así como lo relativo a la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

En lo que se refiere a los plazos, baste destacar el papel que desempeñan no solo para la determinación del momento en que el administrado pueda ver satisfecha o no su pretensión ante la Administración, sino además para garantizar el buen hacer en el ejercicio de la función administrativa a partir de la sujeción administrativa al principio de legalidad –en tanto cauce de la función administrativa–, y a los efectos de evitar posibles arbitrariedades en su quehacer. Ello permite sostener –sobre la base de la competencia para conocer, tramitar y resolver recursos–, la necesidad de establecer un criterio de tiempo que sirva de referente general a la tramitación de los procedimientos de impugnación.

Todo ello contribuiría a la existencia de un espacio para la Administración en el que no se le permita resolver indefinidamente y al propio tiempo se ofrezca seguridad jurídica a los administrados en lo que se refiere a la resolución de las controversias, criterio puesto al servicio también de la satisfacción de los intereses generales que se encuentran en juego. Efectos que trascienden, además, a la necesidad de establecer un criterio fijo para la notificación de la

resolución de la Administración, pues ello es esencial para determinar el momento de la interposición del recurso en la vía judicial en caso de que resulte posible;[22] criterio del que se deriva además la celeridad de los procedimientos administrativos de impugnación –en lo que a la terminación se refiere–, para que realmente se convierta en una vía rápida y expedita de solución de conflictos en sede administrativa.

Por último, resultan también muy notables en el ámbito de los controles administrativos las cuestiones relacionadas con la suspensión de los efectos del acto objeto de recurso. Primero, porque se trata de un criterio que, aunque repercute directamente sobre el objeto de control, adquiere una connotación especial respecto de la protección jurídica de los administrados y, en segundo lugar, por las consecuencias jurídicas que de ello se derivan para las prerrogativas reconocidas a la Administración Pública.

Aunque la suspensión de los efectos del acto administrativo no tiene un tratamiento homogéneo respecto de su tramitación en el contexto jurídico nacional, lo cierto es que constituye una de las claves esenciales para promover el necesario equilibrio en las relaciones jurídico-administrativas.

En este sentido, reconocer la posibilidad de suspensión de los efectos del acto objeto de recursos administrativos ante determinadas circunstancias que debe valorar la Administración Pública, pero incorporando la posibilidad no solo de que sea de oficio sino también a solicitud del administrado que recurre la decisión administrativa; es un criterio esencial que en nada mella la ejecutoriedad de las decisiones administrativas y que ofrece al administrado la posibilidad de poner una pausa en el acto objeto de impugnación –por las condiciones que así se establezcan– y, al mismo tiempo, continuar avanzando en el control de la decisión administrativa. Todo ello, analizado de manera íntegra, repercute en la ordenación jurídica del sistema de recursos administrativos en el ámbito nacional, lo que evidencia la necesidad de volver sobre estos fundamentos a los efectos de su perfeccionamiento futuro.

---

[22] Máxime la trascendencia que de ello se deriva para la posibilidad de interponer la demanda en sede judicial. A este respecto puede verse el artículo 677 de la LPCALE cuando dispone: "El plazo para la presentación de la demanda, cuando sea un particular el que reclame, será de treinta días, contados desde el siguiente a la notificación de la resolución o, en su caso, desde el día siguiente de la publicación oficial de la disposición de que se trate, cuando proceda, o de la ejecución de los actos de que se derive la responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 658.

"En caso de silencio administrativo, el plazo comenzará a decursar al siguiente día de aquel en que deba considerarse recaída la resolución presunta que agote la vía administrativa, sin perjuicio del derecho del interesado a promover la acción administrativa contra la posterior resolución expresa, si llegare a dictarse, en el supuesto de que no hubiere impugnado oportunamente la resolución presunta (…)".

Consideraciones finales

Las cuestiones precedentes evidencian la necesidad de reconducir la ordenación jurídica de los procedimientos de impugnación en nuestros predios, no solo porque constituyan elementos consustanciales para su regulación sino además porque representan un beneficio notable para su adecuada articulación, ya desde la perspectiva de la Administración Pública, ya desde la percepción ciudadana.

Desde este ámbito de análisis, la existencia de una disposición normativa que ordene con carácter general los procedimientos administrativos y particularmente los relacionados con la protección jurídica de los administrados, constituye una premisa necesaria para el logro de la uniformidad en los procedimientos administrativos, así como el fortalecimiento de las garantías a ellos reconocidas. En tal sentido, de lo que se trata es de flexibilizar parte de las exigencias formales relacionadas con la tramitación de los procedimientos administrativos de impugnación, con especial atención en la condición preceptiva de la regla que exige el agotamiento de la vía judicial, así como la clara delimitación de las competencias administrativas, en aras de fortalecer la defensa de los administrados y garantizar el eficaz funcionamiento administrativo en estos espacios de actuación.

Considerações críticas acerca do regime jurídico dos servidores no Brasil. Embate entre o patrimonialismo e o sistema de mérito

Francisco de Q. B Cavalcanti*

Considerações gerais

O regime dos Servidores públicos no Brasil representa um significativo exemplo do conflito entre conquistas republicanas e democráticas e constantes e por vezes bem sucedidas investidas do modelo patrimonialista que secularmente prejudica o desenvolvimento das instituições públicas neste país.

A Constituição de 1988 caracterizou-se, no tocante à Administração Pública, pela ampliação da normatização constitucional, quer quanto às regras, quer quanto aos princípios. Pode-se afirmar da ocorrência de um processo de "constitucionalização do Direito Administrativo" fruto do denominado neoconstitucionalismo. Tal fenômeno de constitucionalização não ocorreu, isoladamente, em relação a este relevante segmento do direito público. Em verdade, a Constituição de 1988 caracterizou-se pela excessiva ampliação da tutela direta, chegando a doutrina a defender a partir dessa modelagem, a existência de um direito administrativo constitucional, um direito tributário constitucional, um direito do trabalho constitucional e até em relação àquelas áreas do direito historicamente rotuladas como direito privado, de um direito civil constitucional, dentre outros. Vários fatores, inclusive, e sobretudo, a preocupação com o risco, pelos exemplos pretéritos, de violação de direitos, fez com que o constituinte entendesse que "constitucionalizando direitos", os ampliaria e reforçaria as

* Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor da Faculdade de Direito da UFPE.

defesas contra indevidas violações. Luís Roberto Barroso, bem destaca esse quadro, lembrando que a Constituição de 1988:

> tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Não se trata por suposto, da constituição de nossa maturidade institucional. É a constituição de nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos dos trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, acumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte –saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil– levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.[1]

Infelizmente, a realidade tem evidenciado que, muitas vezes, não é com a constitucionalização de direitos individuais e coletivos que esses passam a ter maior imperatividade, tal só se obtém ao se assegurar mecanismos para a obtenção de ganhos de efetividade e de eficácia. No tocante ao regime dos servidores públicos nota-se uma surda e ferrenha luta entre a pretensão de transformá-lo em algo republicano e democrático e, de outra banda interpretações que visão buscar caminhos, alternativas para preservação de rotas de apadrinhamento, indicações por critérios patrimonialistas, etc.

> A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Não obstante, contém algumas virtudes como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A emenda constitucional no. 19, de 04.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência.[2]

Esse outro aspecto relevante no tocante à disciplina constitucional da Administração Pública, quer no sentido subjetivo, quer no sentido objetivo de atividade de administrar, exercida diretamente pelo Estado, ou por entes privados para os quais o exercício da atividade tenha sido transferido, foi a inserção no texto constitucional de um amplo elenco de princípios explícitos, como os da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, elenco que viria a ser ampliado com o princípio da eficiência (introduzido pela EC no.19) e da economici-

---

[1] Barroso, Luís Roberto: "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito", *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 28, núm. 60, Porto Alegre, julho/dezembro 2004, p. 55.

[2] Barroso, Luís Roberto: ob. cit., p. 54.

dade. Além desses, vários outros princípios têm sido entendidos como implícitos, extraíveis do texto constitucional, quer pela doutrina, quer pelos órgãos no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, cuja importância, como órgão central do sistema de jurisdição constitucional, foi sendo paulatinamente ampliada.

No tocante à principiologia da Administração Pública, que aqui se invoca "*en passant*," nesses quase trinta anos, uma das mais relevantes alterações da CF/88 foi a introdução pela EC 19/98 da *eficiência* como princípio constitucional ao lado dos demais existentes desde a redação original de 1988. Esse foi, inclusive, invocado, como fundamento para reformas ocorridas em relação ao regime dos servidores públicos. Ressalte-se, entretanto, que, vários dos dispositivos constitucionais introduzidos visando possibilitar reforma na Administração Pública para concretização dos princípios constitucionais não tiveram efetividade pela não aprovação das leis instrumentais. Nesse sentido, cite-se, como exemplo, a alteração do art. 41 do texto constitucional, com a introdução do inc. III, para prever de ruptura do vínculo do servidor público estável, por insuficiência de desempenho, em avaliação periódica, com procedimento regular, assegurada àquele ampla defesa e o contraditório. Essa alteração, introduzida há dez anos pela EC no.19/98, ainda hoje depende da edição de lei complementar ainda por vir. Na mesma linha, em inúmeros outros casos, tem ocorrido a inércia, a omissão do legislador. Cite-se, p. ex., que a EC no.19/98 veio a prever, com a nova redação dada ao Art. 27 do ADCT que no prazo de 120 dias da promulgação dela (ocorrida em 04 de junho de 1998) o Congresso elaboraria *lei de defesa do usuário de serviços públicos*. Passados tantos anos, lei alguma foi aprovada. Essa inércia do Parlamento brasileiro vem sendo, objeto de críticas fundadas de relevantes segmentos da sociedade brasileira e de atuação substitutiva de outros Poderes.

Muitos dos problemas que afligiam a Administração Pública, como o patrimonialismo sob várias facetas: *spoil system* em relação à investidura em relação aos cargos comissionados, falta de profissionalismo, excesso de terceirizações etc. ainda persistem. Aos poucos, entretanto, avanços vão se constatando. Não se pode desconhecer a ocorrência de relevantes alterações na disciplina constitucional da Administração Pública brasileira, o que não significa afirmar que as mudanças, necessariamente significaram melhoria do regramento inicial.

Mister se reconhecer que as relevantes alterações na disciplina constitucional da Administração Pública no período 1988–2008 tiveram um móvel, sobretudo econômico. A ideologia neoliberal, a influência do denominado consenso de Washington, tiveram importante papel na motivação das mudanças ocorridas que alteraram, inclusive, o perfil do Estado, retraindo a participação estatal como agente da atividade econômica e também do terceiro setor, passando aquele, no tocante ao setor produtivo a privilegiar a atividade regulatória, desestatizando parcela significativa do setor produtivo que se encontrava em poder

do Estado. No chamado terceiro setor estimularam-se as terceirizações para novos modelos de entidades como as Organizações Sociais (lei no. 9.637/98) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (lei no. 9.790/99).

A Constituição de 1988, na forma original, manteve, basicamente, a mesma estrutura da Administração Pública pré-existente. Houve grandes inovações no tocante a direitos e garantias dos administrados. Só no início dos anos noventa é que começaram a ocorrer inúmeras modificações de relevo, para atender ao novo modelo de Estado que se pretendia instalar. Suprimiram-se monopólios, como o do petróleo, das telecomunicações. Surgiram as previsões constitucionais dos entes reguladores nas áreas de petróleo e telecomunicações, alteraram-se as regras restritivas à existência de concessionárias não estatais em áreas relevantes como telecomunicações, petróleo, gás canalizado nas áreas urbanas, modificaram-se as regras referentes às licitações para empresas estatais exploradoras de atividades econômicas. Houve, em decorrência, a edição da lei no.8.987/95 (lei geral de concessões, prevista desde o período Vargas e até então não editada), a disciplina da exploração de petróleo por entidades não privadas (lei no. 9.478/97). Aguçou-se a contratualização e a terceirização das atividades estatais.

O regime constitucional dos servidores

Já em relação ao regime jurídico dos servidores públicos dúvida não há que a Constituição originariamente trouxe várias inovações de relevo, tais como, a introdução de regimes jurídicos únicos para os servidores dos entes públicos nas três esferas da federação, ampliação dos direitos dos inativos (aposentados e pensionistas), com garantia de integralidade e paridade quando dos reajustes, em relação aos servidores ativos, direito à sindicalização e à greve, dentre outros Com as reformas dos anos noventa é que iniciar-se-iam as alterações de regras relevantes no tocante aos servidores públicos, tudo isso no contexto das modificações do modelo de Estado, o que só foi possibilitado, também, pelas mudanças em vários dispositivos constitucionais até então limitadores da participação privada no exercício de serviços públicos e de serviços econômicos de caráter geral e pela revogação do art. 171 do texto original que diferenciava empresa brasileira (conceito meramente formal a partir do local de constituição e da sede) e empresa brasileira de capital nacional (conceito material que definia a condição de brasileira a partir do efetivo controle societário por nacionais). Reproduzo, aqui, de modo mais limitado, considerações, relevantes, propedêuticas para entendimento das razões que levaram a essas sensíveis alterações no modelo de Estado brasileiro poucos anos após a entrada em vigor da nova Constituição.

Defendiam, os construtores dessas reformas que:

> O Estado, assim como as demais instituições da sociedade, enfrenta, portanto, o desafio de sua Perestroika, de sua reestruturação, a partir de sua própria razão de ser, assim como de sua relação com as demais instituições (...). É o contexto das novas realidades de um mundo em transformação, acima esboçadas, que constituem o maior desafio para adequação das instituições. Aquelas que não o conseguirem serão superadas, seja por ficarem à margem, girando em falso, inúteis, seja por implodirem, ao serem socialmente consideradas um obstáculo ao desenvolvimento.[3]

A figura do Estado social, tal como tradicionalmente conhecida, e concebida no Brasil desde a Carta de 1934, embora apenas parcialmente implantada foi enfraquecida com as alterações introduzidas no texto constitucional.

Em relação aos servidores públicos as principais modificações ocorridas no regime constitucional objetivaram a redução de despesas, embora o conjunto de reformas explicite também a idéia de possibilitar, também nesse campo a implementação do princípio da eficiência. Houve, no tocante à legislação infraconstitucional, uma série de mudanças visando reduzir o crescimento, inclusive vegetativo das folhas de pagamento, suprimindo-se, p. ex., as incorporações de vantagens financeiras, os adicionais por tempo de serviço, reduzindo o valor das pensões, estimulando a permanência dos servidores em serviço ativo após implementarem as condições para a aposentadoria. No âmbito constitucional, houve, também, uma gama de mudanças, conforme ver-se-á neste trabalho, visando controlar e reduzir as despesas. A edição da Lei Complementar no. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), as alterações no sistema

previdenciário especial, aliado ao fato de a implantação de um sistema de previdência complementar contratual representar um atrativo negócio para o setor financeiro,[4] tudo isso, aliado à necessidade de aperfeiçoamento do sistema e de outro lado, as pressões patrimonialistas geraram as modificações ocorridas nessas duas década, nem sempre harmônicas, ou coerentes.

Observe-se, por exemplo, a enorme ampliação das hipóteses de contratações temporárias para suprir situações que deveriam ser, apenas, as relevantes e emergenciais. A lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993, teve as hipóteses do seu art. 2º extremamente ampliadas, além de haver dilatação dos prazos dessas contratações. Por outro lado, muitas das atividades meio, passaram a ser contratadas com empresas terceirizadas, locadoras de mão de obra, possibilitando

---

[3] Pereira, L. C. Bresser; Wilheim, Jorge; Sola, Lourdes (orgs.): *Sociedade e Estado em transformação*, Unesp/ENAP, Brasília, 2001, p. 22.

[4] Mitchell, Olívia S.; Bodie, Zvi; Hammond, P. Brett; Zeldes, Stephen. *Innovations in retirement financing*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2002, pp. 149 e segs.

que, na informalidade, dirigentes de Entes públicos e Políticos indiquem aqueles que seriam contratados pelas prestadoras de serviços.

Outro problema é excessiva dimensão dada pelo legislador federal, estadual e municipal à figura do **cargo comissionado**. Tal, tem possibilitado a ocorrência de enormes distorções. O caso dos órgãos legislativos é patente. Tem-se um elevado número de comissionados junto aos gabinetes e demais órgãos das Assembléias Legislativas em detrimento do ingresso por concurso público para os cargos de provimento efetivo. Nesses casos pode-se afirmar que a pirâmide funcional é invertida. No topo, enorme número de comissionados, na maioria das vezes indicados por critérios não técnicos e na base os de provimento efetivo.

O neoliberalismo resultou em alteração do modelo inicial da Constituição de 1988, cuja versão original, inclusive em relação à Administração Pública, representou o último momento de uma postura de Estado. Como já salientado essas modificações foram motivadas nos Estados subdesenvolvidos, ou periféricos, não só pela influência da ideologia prevalente nos países desenvolvidos, sobretudo do ocidente, mas também pela exaustão financeira dos mesmos. O fenômeno da globalização, ou da mundialização se agiganta e faz o Estado perder importância como um dos principais indutores do fenômeno econômico e do desenvolvimento social. Chega-se a afirmar, com grande ênfase e infelizmente com graves riscos de veracidade que:

> A disciplina dos mercados sobre as políticas econômicas nacionais significa perda definitiva da soberania econômica nacional ainda que não a capacidade de intervenção. Em outras palavras, os Estados, todos os Estados têm de navegar no sistema financeiro global e adotar suas políticas em primeiro lugar, às exigências e conjunturas desse sistema, o que coloca dois problemas: primeiro é que as regras do jogo inscritas nos mercados financeiros obrigam a assegurar taxas de lucros aos investidores o que definitivamente desloca a geração de riquezas para a empresa privada limitando a redistribuição (e o esbanjamento público, não o privado)ao qual seja factível, uma vez garantido um rendimento normalizado em termos globais. O segundo e muito mais importante é que o comportamento dos mercados financeiros, freqüentemente, não obedece a critérios econômicos mas sim a turbulências informativas, as quais quando surgem, são utilizadas por movimentos especulativos que desencadeiam movimentos de capitais de tal amplitude que se tornam incontroláveis pelos Bancos Centrais.[5]

[5] Castells, Manuel: "Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação", in Pereira, L. C. Bresser; Wilheim, Jorge y Sola, Lourdes (orgs.): ob. cit., p. 151.

A Constituição de 1988, em sua versão original, representou o último suspiro de um modelo de desenvolvimento que viria poucos anos depois a ser substancialmente alterado, motivado pelas alterações no modelo de Estado, com redução das Empresas estatais, desenvolvimento do programa de desestatização do setor de produção de bens e serviços, adoção do modelo de concessões a partir da lei 8.987/95 e das concessões especiais denominadas Parcerias Público-Privadas (PPPs) e do início das contratualizações no chamado terceiro setor com o surgimento das figuras das OSCIPs e das OS, em relação às quais os controles estatais, inclusive no tocante à aplicação de verbas públicas tem sido de enorme ineficiência.

Os servidores na CF. de 1988

Partindo-se para o tópico mais específico deste texto, pode-se afirmar que o **regime constitucional dos servidores da Administração Pública**, na Constituição de 1988 acha-se concentrado, sobretudo, nos arts. 37 a 42, do texto, embora não se possa deixar de lembrar a disciplina

dos instrumentos de controle judicial e extrajudicial, constantes do art. 5º, dispositivo esse, inclusive que baliza a atuação do estado em inúmeros campos, como o da propriedade e sua função social; o art. 7º e os incisos aplicáveis aos servidores estatutários; o art. 169, que fixa limites de despesa; os arts. 170, 173 e segs, relevantes para a definição das formas de atuação dos entes públicos no tocante á ordem econômica; os arts. 21, 24, 25 e 29, que fixam competências administrativas dos entes políticos, dentre tantos outros dispositivos que fixam regras e princípios, inclusive implícitos aplicáveis. Pela natural limitação do corrente trabalho, nem todos esses rincões da disciplina constitucional da Administração Pública serão aqui estudados. A abrangência deste limitar-se-á às modificações do perfil da Administração Pública nessas duas décadas em relação aos servidores públicos.

Iniciar-se-á a análise pretendida pelo elemento humano necessário ao desempenho das atividades da Administração Pública: os servidores públicos. Esses tiveram uma ampliação no conjunto de direitos constitucionalizados a ele aplicáveis, ocorrendo, também, expressa remissão a direitos sociais pertinentes aos trabalhadores do regime geral do setor privado, previstos no art. 7º da Carta Constitucional. Houve, sem dúvida, excesso na disciplina constitucional dos servidores públicos por isso que parte da doutrina chega a esboçar uma referencia a constitucionalização do Estatuto. Tal fato leva a uma dificuldade teórica em qualquer tentativa de estudo do regime constitucional dos servidores públicos, pois, aquele está enxertado por vários preceitos meramente estatutários, no sentido de estatuto- conjunto e direitos e deveres, sem qualquer essência constitucional.

No tocante à disciplina do ingresso de servidores no serviço público, a CF/88 é meritória. Desde a sua versão original, já reforçara um **princípio fundamental** na sociedade democrática que é o do **livre acesso.** Consagrou esse princípio **com bem maior amplitude que o fizeram as Constituições anteriores** que previam pluralidade de regimes jurídicos, mas inseriam o concurso público como requisito para a investidura em vínculo estatutário, e esse

era limitado apenas às carreiras de estado e , ainda possibilitavam exceções, mesmo nos vínculos dessa natureza, sobretudo em relação a cargos isolados. Nesse sentido observe-se que **a EC no. 01/69, permitia a não realização de concursos públicos para cargos estatutários, desde que tal exceção fosse prevista em lei** (art. 97, parág. 2º, da EC no. 01/69). Essa exceção possibilitava que cargos públicos estatutários fossem providos, sem concurso público. Pode-se exemplificar com a legislação do Estado de Pernambuco que previa a investidura sem concursos públicos para relevantes cargos da Administração Pública como de Consultor Jurídico e Procurador do Estado.

Os concursos eram, antes da atual ordem constitucional, bastante limitados e o ingresso no serviço público se dava, sobretudo através de *indicações* pessoais, *políticas, seguindo a tradicional e lamentável trilha, tão presente na história da administração pública brasileira*. Pertinente a lembrança de Diogo de Figueiredo Moreira Neto no sentido de que aquela forma de contratação pela legislação trabalhista, no regime constitucional anterior quase sempre era "expediente para burlar a regra da admissão pelo mérito, a gosto do paternalismo e do empreguismo, que sempre sacrificaram o serviço público, tornando benefícios o que deveriam ser ofícios, havia quem o defendesse a pretexto de trazer ao serviço público a flexibilidade e a eficiência da empresa privada, em matéria de administração de pessoal".[6] Ressalte-se, de qualquer modo que, no âmbito federal, para ingresso nas tabelas permanentes, com vínculos trabalhistas dos entes públicos, era exigível desde a década de setenta o concurso. O mesmo não ocorria, em relação às contratações no âmbito das empresas estatais em geral, inclusive federais, onde o critério das indicações prevaleceu quase de modo absoluto e mesmo no âmbito das pessoas jurídicas públicas federais, sucediam-se contratações em tabelas especiais, teoricamente temporárias, com sucessivas prorrogações que, ao final, usualmente levavam à permanência dos indicados em empregos públicos. Em relação ao acesso aos cargos efetivos, por concurso público sem dúvida, a questão mais atual é a da tensão entre regime de cotas e o meritório.

---

[6] Moreira Neto, Diogo de Figueiredo: *Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos na Constituição de 1988*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1990, p.13.

Alguns direitos constitucionais referentes aos servidores públicos

A CF/88 estabeleceu, no tocante ao acesso, inicialmente, que os cargos, empregos e funções públicas seriam acessíveis a todos os brasileiros. Dúvidas inicialmente surgiram quanto à obrigatoriedade do concurso público para os empregos nas sociedades de economia mista e empresas públicas que desenvolvem atividades econômicas. Pacificou-se o entendimento, inclusive do TCU, pautado nos princípios da impessoalidade e moralidade, no sentido da aplicação da regra do concurso a essas instituições. Em relação ao acesso, expressamente o texto constitucional vedou discriminações e introduziu a obrigatoriedade de ações afirmativas visando a integração de deficientes, o que se fé com o estabelecimento de cotas para deficientes. Posteriormente houve a edição da lei federal nº 12.990, de 09.06.2014, fixando cota racial,[7] segida por normas semelhantes em Estados e Municípios. Ressalte-se que, tal cota é demagógica e sem base constitucional.

Quanto à investidura em cargo efetivo ou emprego público permanente o texto constitucional faz depender tal ato de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, fixando que a forma seria a prevista em lei. Ressalvadas foram, tão somente, as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Não se olvide que no Brasil, infelizmente, o *spoil system* permanece como um mal secular. Os percentuais de cargos comissionados presente nas várias esferas de Administração Pública tem ultrapassado o que seria aceitável em um sistema de administração neutra e profissional. Os cargos em comissão são muitas vezes utilizados para atender as conveniências e os interesses daqueles que se encontram no entorno do Poder Político. A captura política da Administração Pública é uma realidade, contrariando os princípios da impessoalidade, da neu-

---

[7] **Lei Nº 12.990, de 9 de Junho de 2014.**

> Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

tralidade e da persecução do interesse público. Visando coibir esses abusos a EC no.19/98, alterou o inciso V, do art. 37 do texto original que passou a dispor *as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.* Visava-se com a alteração constitucional limitar a criação de cargos e funções comissionadas, considerando que a expressão **preferencialmente** constante do texto constitucional original não fora suficiente para evitar a ocorrência de nomeações em desacordo com o efetivo interesse público, ocorridas aquelas em verdadeiro desvio de finalidade. Qualquer lei que criar cargo comissionado que não seja para atividade que não de direção, assessoria superior e chefia será materialmente inconstitucional. Como bem ressalta Régis Fernandes de Oliveira:

> É indispensável enfatizar, no entanto, que será inconstitucional a lei que criar cargos em comissão par funções simplesmente burocráticas ou operacionais. Desde que o perfil desse cargo foi delineado na própria constitucional, a fuga de seus elementos intrínsecos de caracterização permitirá supor uma tentativa de burlar preceitos de integração e coerência do Texto Maior.[8]

A nova redação do art. 37, V, da CF/88, fixada pela EC no. 19/98, ao prever que a destinação de percentual dos cargos comissionados dar-se-ia nos casos, percentuais e limites previstos em lei, evitou, ao contrário do que pode parecer, a imediata aplicabilidade da regra moralizadora por condicioná-la à edição de lei. Áreas já há, como no âmbito do Judiciário Federal, onde os percentuais de cargos em comissão e funções destinadas a servidores titulares de cargos efetivos já estão estabelecidos, em outras, continua-se a aguardar. Enquanto não editada a lei, não haverá como se falar em percentual reservado. Mais salutar teria sido uma drástica redução das possibilidades de criação de cargos comissionados. Por outro lado, a possibilidade de exercício de funções de confiança por titulares de cargos em outros quadros também tem possibilitado que servidores públicos de entes menores, submetidos a concursos inexpressivos venham a ser investidos em funções de confiança com vantagens bastante desproporcionais às qualidades técnicas daqueles.

Já no tocante aos concursos públicos para ingresso no serviço público a CF/88 manteve a dualidade de formas prevista no sistema pré-existente: concurso de provas e de provas e títulos,[9] regra que se mantêm inalterada. A grande novidade do texto constitucional de 1988 foi a previsão de mecanismo de inserção social, caracterizando ações afirmativas, inicialmente para os de-

---

[8] Oliveira, Régis Fernandes de: *Servidores Públicos,* Malheiros, São Paulo, 2004, p. 18.

[9] A Constituição Federal de 1967 já suprimira a criticada forma de concursos públicos apenas de Títulos, modalidade que possibilitava inúmeras fraudes.

ficientes, com a fixação de quotas. Essa matéria necessita de especial atenção no exame dos casos concretos Surgiram, posteriormente, outras espécies de "ações afirmativas", não contempladas no texto constitucional, que geram, sem dúvida, redução no critério de mérito.

Quanto aos prazos de validade de concursos públicos fixou-se no texto constitucional que poderiam ser de até dois anos, prorrogáveis uma vez, por igual período. Face ao texto constitucional, mantido, não alterado, nessas quase três décadas, reconhece-se a discricionariedade da Administração Pública na fixação do prazo, respeitado o limite constitucional. Deve-se entender como melhor política a de prazos não muito longos de validade, fazendo com que se possa ter a cada concurso, a participação dos novos contingentes que vão entrando no mercado de trabalho. Não se olvide que, atualmente, nas Universidades e Faculdades, a cada semestre são formadas novas turmas. Divergências existem acerca do eventual direito a prorrogação, levando-se em conta o texto constitucional que se refere a **prorrogável**. Deve-se entender que a prorrogação é discricionariedade da Administração Pública, devidamente motivada e observados os princípios constitucionais da impessoalidade, da persecução do interesse público, moralidade, dentre outros. Outra questão relevante é a referente ao prazo de prorrogação, dada a referência a *por igual período*. Irreparável, nesse tópico, Celso Antônio Bandeira de Mello, que sintetiza a solução, afirmando, "em síntese: o prazo de validade de qualquer concurso, quando prorrogado, será sempre o dobro daquele que haja sido inicialmente estabelecido".[10]

Outra regra constitucionalizada foi a referente ao direito do candidato aprovado em concurso. A CF/88, fixou que *durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira*. Essa norma não encontra similar nas Constituições anteriores que não tratavam da matéria, embora a doutrina e a jurisprudência já assim entendessem.

Aspecto relevante é a definição do direito do candidato aprovado em relação à nomeação. Surgem aí vários questionamentos. A doutrina, tradicionalmente, entendia que inexistiria direito à nomeação, o que existiria seria direito à não preterição.

Esse posicionamento foi alterado, sobretudo a partir da jurisprudência do STJ, não alterado pelos julgados subsequentes do STF. Pode-se afirmar que dentro do limite das *vagas ofertadas*, há direito à nomeação, ressalvadas hipóteses de posterior modificação do quadro fático, por razões não imputáveis à administração pública.

---

[10] Bandeira de Mello, Celso Antônio: *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, RT, São Paulo, 1990, p. 55.

Vários fatores podem levar à não nomeação, como, por exemplo, decorrentes do comprometimento dos limites da receita corrente líquida, pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e pelo art. 169 do texto constitucional. Por outro lado, tal não significa que o Estado possa realizar concurso, indicar vagas e fazer com que grande número de pessoas, para, ao final, não realizar as nomeações, imotivadamente. Tal violaria vários princípios constitucionais, inclusive o da moralidade, pois, estar-se-ia a abusar da boa fé de candidatos, milhares, na maioria das vezes, que teriam despesas, pagariam o preço das inscrições, normalmente em favor de entidades terceirizadas, para ao final verem expectativas legítimas frustradas. Os concursos, naturalmente, são realizados por interesse público, mas, até por isso, os princípios constitucionais da Administração Pública têm que ser observados.

O Direito de greve e de sindicalização

Outra inovação na normatização constitucional do Servidor Público foi a referente a dois direitos de cunho social relevantes: o de sindicalização e o de greve.

Quanto à associação sindical é de se ressaltar que tal decorre da liberdade de associação, direito fundamental, inserido no art. 5º.XVII e art. 8º do texto constitucional. A ordem constitucional anterior vedava a sindicalização tanto para os servidores públicos civis de qualquer natureza quanto para os militares. O novel texto manteve, expressamente, tal vedação, em relação aos militares, possibilitando aos servidores públicos civis o mesmo direito à associação sindical, já existente em relação aos empregados das empresas estatais que desempenham atividades econômicas. Ressalte-se, por outro lado, que a facilitação que a Constituição trouxe em relação à criação de entidades sindicais, as fragilizou e pulverizou, hoje são muito mais débeis de que as estruturas preexistentes.

Ressalte-se que o Sindicato, não se confunde com mera Associação. É, na lição de Alice Monteiro de Barros, "definido legalmente como uma forma de associação profissional devidamente reconhecida pelo Estado como representante legal da categoria".[11] Embora o STF tenha entendido inconstitucional a realização de dissídios e convenções coletivas em relação a servidores estatutários, por ser a relação jurídica legal e não contratual, mesmo assim, a sindicalização possibilitou a ampliação dos instrumentos e defesa dos interesses e direitos dos servidores. Nesse sentido, poder-se-ia exemplificar com a legitimação para mandados de segurança coletivos; para provocar o controle

[11] Monteiro de Barros, Alice:
Curso de Direito do Trabalho, 3a. ed., RT, São Paulo, 2007, p. 1207.

concentrado de constitucionalidade atribuído às confederações sindicais (art.103, IX da CF/88) etc.

Já o **direito de greve** atribuído aos servidores públicos pela Constituição vigente gerou muitas controvérsias, não em relação ao direito em si, mas no tocante à sua aplicabilidade.

Não é demais lembrar que a greve, de ato ilícito, em sua origem, considerado como tal em estados autoritários, com expressa vedação constitucional, como o faziam a constituição da antiga União Soviética (arts. 12, 118 e 131), a portuguesa de 1933 e a brasileira de 1937, cujo art. 139 a consagrava ao lado do lock out como *recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional*, hoje é consagrada como direito social coletivo para os trabalhadores privados, mais limitado para os servidores públicos civis e vedado em relação aos militares, nos termos da Constituição brasileira vigente. Esta divide, a população economicamente ativa em quatro grupos, bem delineados por Arnaldo Sussekind:

a) empregados de empresas privadas, que abrangem as sociedades de economia mista e as chamadas empresas públicas, e às que se equiparam os profissionais liberais,as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados (art. 2º, parág.1º, da CLT).
b) servidores públicos da administração direta e indireta (autarquias e fundações públicas) de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional no.18, de 05.02.98).
c) Militares das Forças Armadas (art.142, IV, com a redação dada pela Emenda Constitucional no.18, de 05.02.98).
d) Militares dos Estados, Distrito Federal e Municípios, integrantes das Polícias Militares, organizada com base na hierarquia e disciplina (art.42, parág. 5º, com as alterações determinadas pela Emenda Constitucional no.18 cit.).[12]

Em relação aos dois últimos a greve continua vedada. Em relação ao primeiro a greve é assegurada. As maiores controvérsias ocorreram em relação ao segmento dos servidores civis. A não edição da norma infraconstitucional disciplinadora da matéria gerou questionamento e divergências, tanto doutrinárias como jurisprudenciais. Inicialmente, o texto constitucional condicionava o exercício do direito de greve à disciplina por lei complementar. Entendiam, desde a redação original do inciso VII, do art. 37 da CF/88, autores de relevo,

[12] Sussekind, Arnaldo: *Curso de Direito do Trabalho*, 2a. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 612.

como Celso Antônio Bandeira de Mello [13] e José Afonso da Silva[14] que a disciplina constitucional asseguraria, de logo o exercício do direito de greve, cabendo à hipotética lei, inicialmente complementar, e ordinária desde a EC no.19/98 impor as restrições necessárias ao exercício do serviço público. Essa posição não prevaleceu, entendendo-se, majoritariamente, inclusive coam suporte no posicionamento da Corte Suprema que o exercício do direito de greve só seria compatível com a ordem constitucional após a edição da lei específica. O STF inicialmente na apreciação de mandatos de injunção sobre a matéria entendeu que lhe caberia reconhecer a omissão e comunicar ao Congresso Nacional (nesse sentido, p.ex. o MI no. 587-TO, julgado em 15.02.2002). Essa foi, ressalte-se, o primeiro posicionamento acerca do mandado de injunção adotado pela Corte Suprema, que, posteriormente evoluiria, ainda timidamente, para admitir que através de mandado de injunção poder-se-ia obter o reconhecimento que a omissão geraria direito a eventual indenização, mas não a uma normatização substitutiva. Finalmente, o STF modificou o posicionamento que adotava, passando desde outubro/2007, por força de julgamento de outros Mandado de Injunção a acolher a posição já defendida há muitos anos por Odete Medauar no sentido que dever-se-ia adotar para os servidores públicos os parâmetros da lei geral de greve (no.7.783/89), como atividade essencial, com as restrições ali previstas,[15] ou seja, em cada caso, ter-se-á que assegurar a continuidade do serviço.

Inexiste, conceitualmente, serviço público não essencial. A essencialidade, nesse caso, decorre da Constituição, não podendo ser afastada. Aqui há um tópico relevante a ser considerado, mais fático que jurídico. Muitas vezes as graves de servidores públicos tem-se alongado por longos períodos, com absoluta, ou quase absoluta inércia dos Dirigentes Públicos que nem ao menos determinarem o lançamento das ausências ao serviço fazem.

As contratações temporárias

Outro dispositivo constitucional que deve ser adequadamente interpretado é o já referenciado, que permite a contratação por tempo determinado de pessoas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, ao que usualmente se denomina de contratação temporária. Essa previsão constitucional, do art.37, IX merece cuidadosa interpretação, evitando-se os abusos que estão a ocorrer com relativa freqüência, quando o permissivo constitucional tem caráter excepcional, devendo tal servir de referencial para a edição das

[13] Bandeira de Mello, Celso Antônio: ob. cit., p. 77.

[14] Silva, José Afonso da: *Comentário contextual à Constituição de 1988*, 2ª. ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 339.

[15] Medauar, Odete: *Direito Administrativo moderno*, 12a. ed., RT, São Paulo, p. 281.

leis disciplinadoras dessa hipótese por cada um dos entes políticos.. No âmbito federal, p. ex., tal regramento foi fixado pela lei no. 8.745, de 09.12.1993 mister se observar que a Constituição traçou rigorosos limites para essa exceção –a ocorrência concomitante de dois requisitos: **necessidade temporária** e de **excepcional interesse público**. São conceitos bastante precisos que vem, entretanto, sendo freqüentemente fustigados pelos legisladores ordinários. Sabido é, a experiência tem demonstrado, que as três formas básicas utilizadas para ocupação de postos de trabalho na Administração Pública em detrimento do princípio do livre acesso, vem sendo: a) excesso de cargos comissionados; b) terceirizações (com indicações, de fato, dos empregados das prestadoras de serviços pelos dirigentes dos tomadores públicos de serviços); c) ampliação das contratações temporárias até para suprir necessidades permanentes e fora da hipótese restrita de excepcionalidade e interesse público. Mesmo sem adentrar em inúmeros exemplos de legislações dos entes políticos menores, pode-se usar como referencia dessa postura abusiva as alterações ocorridas nas previsões da lei federal no. 8.745/93 que teve, sucessivamente ampliadas as hipóteses de contratações temporárias e ampliada a longevidade dessas contratações chegando-se, com prorrogação ao prazo inaceitável de *cinco anos*. Relevante que haja exercício das atividades dos órgãos de controle da Administração Pública, internos e, sobretudo, externos para evitar, ou pelo menos, minorar a ocorrência de tais abusos. Também, não menos relevante é que haja efetivo controle sobre as contratações de pessoal terceirizado. Observe-se, p. ex., que a partir da prevalência do entendimento que no âmbito das empresas estatais ter-se-ia que realizar concursos públicos, o grau de contratações de empresas prestadoras de serviços ampliou-se consideravelmente.

As revisões gerais de remuneração e outros direitos remuneratórios

Outro relevante aspecto da disciplina constitucional dos servidores públicos é o referente às revisões gerais de remuneração, matéria objeto de alterações durante os últimos anos. Originariamente, o constituinte de 1987/988 premido pela necessidade de assegurar ao conjunto de servidores, sobretudo civis, a concessão dos mesmos padrões de revisões assegurados aos militares e também, os mesmos índices de revisão dentre os civis, que a todos os subconjuntos, com maior, ou menor poder de pressão, prestigiando-se o princípio da isonomia, assegurou a todos os agentes públicos civis e militares, nas mesmas épocas, as revisões gerais de remuneração. Tal norma, inserida no inciso X, do art. 37, do texto constitucional viria a sofrer posteriores alterações de modo direto e indireto, além de ser "contornada" por instrumentos legais que foram sendo desenvolvidos.

A primeira modificação constitucional que viria a refletir na amplitude da norma, no universo por ela alcançado, foi a inserida na EC no.18/98 que excluiu os **militares** do conceito de **servidores**. Tal Emenda destinar-se-ia a afastar aquele conjunto do conceito de servidor, apartando-o da reforma administrativa no tocante ao regime estatutário e previdenciário dos servidores, que iniciar-se-iam com as Emendas de nos. 19 e 20/98.

Com a Emenda no.19/98, o texto constitucional passou a fixar quanto à revisão geral a anualidade como periodicidade a ser observada, respeitadas as iniciativas privativas de cada poder e a unicidade de índices. Tal alteração constitucional não representou garantia de isonomia mais efetiva, em relação ao conjunto de servidores públicos conforme ver-se-á seguir. De logo, saliente-se que o fato de se assegurar *revisão anual*, não significa, nem poderia sê-lo, garantia de reposição de perdas inflacionárias. O STF já pacificou a matéria no sentido que a irredutibilidade remuneratória, que os servidores, em geral conseguiram, como direito, tal como já ocorria com os magistrados, é nominal, em moeda corrente, não representando garantia antiinflacionária. Em momentos como o atual, o que se observa é a corrosão das remunerações com perda de quase 10% a.a., em função da inflação crescente e do descontrole sobre as contas públicas.

As revisões gerais, por lei, obrigatórias, em decorrência da Constituição, devem, sempre, levar em conta inúmeros outros componentes das despesas dos entes públicos: serviços e encargos da dívida pública, investimentos, custeio em geral etc. Podem vários desses itens variar mais que os acréscimos de receita. Alguns são alheios à vontade do Ente Público, como é o caso da dívida pública, sujeita a variantes externas, como inflação e variação cambial. Não é possível se imaginar que haja, como se pretendeu em muitas ações judiciais cujos pedidos não foram, de regra, acolhidos, direito a reposições integrais por perdas inflacionárias. A nova ordem constitucional estendeu tal garantia a todos os servidores e agentes públicos em geral. Deve-se salientar, entretanto, que, tal garantia, nos termos do entendimento pacífico do STF não é de manutenção do valor real da remuneração, mas de manutenção do valor nominal, levando-se em conta, que o orçamento público e as receitas geradas o são em moeda corrente. O texto constitucional original foi objeto de alteração pela EC. no.19/98 para fins de adequação à nova denominação remuneratória mantendo-se a essência do comando original. Ressalvou a CF/88, os descontos previdenciários e tributários em geral, que não podem ser considerados como reduções indevidas, daí a referência aos incisos XI e XIV do art.37, aos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, todos do texto constitucional

Outro aspecto relevante a se observar é que não se confunde a revisão geral com modificações setoriais de remunerações. Em função desse fato, inafastável, tem esse instrumento sido utilizado para atender a grupos de agentes públicos e de servidores com maior poder de pressão sobre os governos e os parlamentos. Basta que se observe que apesar das modestas revisões **gerais** de remuneração

dos servidores federais nos últimos anos, o valor total das despesas de pessoal teve um incremento bem superior, pelas reclassificações e planos de cargos e funções setoriais implantados e que têm sido, freqüentemente utilizados como "fórmulas" para conceder vantagens pecuniárias a parcelas dos servidores, sem beneficiar a todo o conjunto de servidores públicos. Tem havido preocupação, também, com a tendência de fixação em patamares inferiores para as reposições dos inativos, normalmente utilizando-se para tal, a atribuição de pontuações diferenciadas por produtividade, ou outros critérios diferenciadores, violando direito assegurado, inicialmente pelo art. 40, da Constituição, mormente em relação aos aposentados, ou beneficiários de pensões anteriormente à entrada em vigor da EC no. 20/98.

Também merecedor de destaque em relação aos servidores públicos e aos agentes públicos em geral é a normatização pertinente á fixação de valores máximos de remuneração. A Constituição de 1988, desde o início, fixou tetos de remuneração visando coibir os abusos pré-existentes e, de logo, estabeleceu no art.17 do ADCT que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estivessem a ser percebidos em desconformidade com os tetos constitucionais seriam objeto de imediata redução, sem que se admitisse a invocação de direito adquirido.

O texto constitucional que estabeleceu os tetos constitucionais foi objeto de duas emendas, a de no.19/98 e posteriormente a de no. 41/2003. O texto constitucional original do art. 37, XI previa tetos de remuneração para cada um dos Poderes, em relação à União, aos Estados e no âmbito dos municípios, teto único que seria o da remuneração do Prefeito. Tal norma foi, inclusive, objeto de regulamentação, no âmbito federal, pela lei no. 8.448/92. Posteriormente, a Emenda Constitucional no.19/98 daria nova redação ao art. 37, XI, do texto original passando a fixar um teto único que passou a ser o de Ministro do STF. Tal modificação que visou evitar remunerações excessivas, em verdade funcionou em sentido inverso, pois, ao fixar o valor percebido pelos Ministros da mais alta Corte como teto, possibilitou a elevação dos tetos pré-existentes nos âmbitos estadual e municipal

e fundações públicas, para os titulares de poder, como os magistrados e parlamentares, o teto único de remuneração que é o do subsídio do Ministro do STF. Essa figura do subsídio criada pela EC no. 19/98 foi imprescindível para a fixação dos tetos remuneratórios. O mais relevante, desde o início, e que gerou inúmeras controvérsias foi interpretação no sentido de excluir-se do cômputo para fins de teto as vantagens pessoais, tais como adicionais incorporados, vantagens financeiras incorporadas pelo exercício de cargos em comissão, dentre outras

Deve-se ainda salientar que aplicam-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas

de pessoal ou de custeio em geral as regras referentes ao teto de remuneração, nos termos da EC no. 19/98. Estão excluídas desse regramento as sociedades de economia mista e empresas públicas que explorem atividades econômicas e não dependam de verbas públicas para o seu regular funcionamento. A estas últimas aplica-se, integralmente, o disposto no art.173, parág.1º, II, do texto constitucional. Concorrem elas no mercado e esse é que deve ser, em princípio, o principal orientador dos padrões de remuneração. Às empresas estatais cujas receitas são obtidas no exercício de atividades econômico-empresariais não se justifica a fixação do limitador, que teria como conseqüência a perda de mão de obra, inclusive Dirigentes e Executivos qualificados, para as empresas concorrentes. Outra relevante faceta do regime constitucional dos servidores públicos é a disciplina da acumulação de cargos, empregos e funções dos Entes da Administração Pública direta e das Pessoas jurídicas da Administração indireta, públicas e privadas e, ainda, desde a EC no. 19/98, também das subsidiárias das sociedades de economia mista e das empresas públicas.

Os tetos remuneratórios estão a ser sistematicamente burlados, com construções meramente formais, nos três Poderes. Rotulam-se como verbas *indenizatórias*, algumas tipicamente remuneratórias. Assim criam-se*: indenizações de substituição*, *auxílio moradia*, *indenização de chefia*, **dentre outras, grotescamente com o intuito de burlar os tetos**. Há bastante compadrio dos órgãos de controle na interpretação dessas normas.

As acumulações de cargos, empregos e funções

A regra geral, historicamente consagrada, é da vedação de acumulação de cargos, empregos e funções no âmbito das atividades estatais. As exceções, em tese, se justificariam, em situações de interesse público. Em verdade, muitas das situações historicamente consagradas poderiam ser atualmente vedadas, dada a grande disponibilidade de profissionais no mercado para provimento dos cargos e empregos públicos. Outro argumento, normalmente utilizado é no sentido que a experiência de titulares de empregos ou cargos técnicos ou científicos recomendaria que seus titulares pela bagagem teórico prática de que dispõem possam acumular cargos, ou empregos docentes.

De concreto, relevante examinar as hipóteses de acumulação de cargos e empregos públicos, empregos da administração indireta, cargos da administração pública indireta e empregos das subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas. Observe-se que o texto constitucional inicia pela regra proibitiva para, em seguida, apresentar as exceções, sempre condicionada à disponibilidade de horários, ressaltando-se que a correlação de matérias não mais subsiste, na atual ordem constitucional, como requisito para a acumulação, possível, na versão inicial da Constituição, nos seguintes casos:

a) de dois cargos de professor, sem indicação de nível. Possível, pois, desde que haja compatibilidade de horários, a acumulação de dois cargos, ou empregos de professor de nível universitário, de segundo, ou primeiro grau;
b) de um cargo de professor com outro técnico ou científico. Observe-se que não é permitida a acumulação de cargo, ou emprego de nível básico, para o qual não se exige especialização, formação técnica, ou científica. Desnecessário que se trate de cargo, ou emprego de nível superior, basta que tenha como requisito formação técnica, p.ex., cargo de técnico em contabilidade, ou técnico em enfermagem.
c) de dois cargos ou empregos privativos de médico, exceção que foi ampliada com a EC no. 19/98 para profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. Em relação. No tocante aos profissionais da área de saúde deve-se iniciar ressaltando que nos esdrúxulos termos do art.17, parágrafo 2º, do ADCT[16] permitiu-se quando entrou em vigor a Constituição que aqueles profissionais de saúde que acumulavam ilicitamente cargos, empregos pudessem continuar a fazê-lo, mesmo não tendo a nova ordem, originariamente, alterado a normatização. Ou seja, manteve-se o regime anterior, mas, permitiu-se aos infratores que continuassem a agir em desconformidade com o comando constitucional. Só com a EC no.19/98 é que o permissivo de acumulação seria estendido a todas as profissões regulamentadas na área de saúde, com dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, nutricionistas etc.

A Emenda Constituição no.19/98 ampliou, a disciplina das acumulações para as subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. Tal extensão foi relevante como instrumento para evitar as burlas. O texto constitucional, para possibilitar o controle das ações das empresas estatais também passou a exigir com a EC no 19/98, a autorização legal específica para criação de subsidiárias das sociedades de economia mista e empresas públicas.

Outra questão que gerou, em princípio, grandes controvérsias na doutrina foi quanto à possibilidade de servidor público aposentado reingressar no serviço público após a entrada em vigor da CF/88. O STF adotou a tese da impossibilidade de acumulação nessa hipótese. A matéria foi objeto da EC no. 20/98 que adotou uma regra geral proibitiva, ou melhor, explicitou a vedação já reconhecida pelo STF e atenuou-a em relação àqueles que haviam reingressado por concurso em cargo público após a primeira aposentadoria, antes da edição da citada emenda. Estabeleceu-se a regra proibitiva, mas assegurou-se a continuidade do segundo vínculo obtido antes da entrada em vigor da EC no. 20/98,

[16] O ADCT, art.17, parág.1º, também dirimiu controvérsia acerca do entendimento do militar-médico, como profissional de saúde para fins de acumulação e não como militar de corpo de saúde, como entendia parte da doutrina e dos órgãos de controle da Administração Pública.

nos expressos termos do art. 11, sem direito à segunda aposentadoria. A citada Emenda ressalvou, entretanto, a possibilidade, mesmo após sua entrada em vigor, do segundo vínculo desde que não perene, em atividades temporárias, como, p. ex., o exercício de cargo em comissão, de Juiz em Cortes eleitorais ou Militares em Corpos Julgadores de Auditorias Militares, dentre outros.[17]

Dos regimes jurídicos dos servidores públicos: unidade ou pluralidade

A Constituição de 1988, em sua redação original, rompeu com o modelo de pluralidade de regimes jurídicos existente na Ordem Constitucional anterior. Era da tradição jurídica brasileira a existência de relações jurídicas estatutárias para as carreiras de estado, aquelas próximas ao núcleo central do estado e para as demais espécies de atividades utilizava-se de regime não estatutário, regra geral, contratual. Para esses postos de trabalho correspondentes às atividades que a Administração Pública incorporou, mas que não são essencialmente estatais, sobretudo após a ampliação do perfil estatal, com a adoção do modelo do *Welfare State*, utilizam-se relações de natureza contratual. Tal pluralidade justificava-se, normalmente, levando-se em conta a existência de agentes eu exerciam parcelas de poder do Estado, identificados a partir da idéia de autoridade e servidores que exerciam atividades subalternas, periféricas, de auxílio, normalmente identificados como empregados, ou servidores em sentido lato. Já no final do século XIX a doutrina brasileira assim lecionava. Esse modelo da pluralidade de regimes jurídicos, ressalte-se, é o padrão existente na maioria dos sistemas jurídicos modernos. Na Espanha, por exemplo, coexistem o regime de contrato privado, o de contrato público e o regime legal-estatutário[18]. Na França também estão presentes o regime "de la fonction publique de l'État" e o dos "agents non titulaires", de natureza contratual, havendo dentre estes, ainda, subespécies.[19] Poder-se-iam, aqui referenciar o caso alemão, o português, todos no sentido da existência de pluralidade de regimes jurídicos, considerando as diversidades de formas de atuação do Estado hodierno. Nesse sentido Jesús Angel Fuentetaja PASTOR, após examinar os modelos de prestação de

[17] Art. 37... § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

[18] Olmeda, Alberto Palomar: *Derecho de la función pública*, 6ª. ed., Dickson, Madrid, 2001, pp. 41 e segs.

[19] Auby, Jean-Marie; Auby, Jean-Bernard; Didier, Jean-Pierre; Taillefait, Antony: *Droit de la Fonction Publique*, 4ª. ed., Dalloz, Paris, 2002, pp. 99 e segs.

serviços públicos no âmbito dos principais Estados que compõem a União européia ressalta que,

> El derecho público de la función pública se ha mantenido, en primer lugar, excluyendo de la privatización a una serie de categorías de empleados públicos que continúan sometidos a un régimen estatutario de derecho público; y, en segundo lugar, junto a esta exclusión de carácter subjetivo, se determinan objetiva y taxativamente un conjunto de materias reservadas a la regulación unilateral de la ley.[20]

Na Europa ocidental, a pesar da privatização de inúmeros serviços públicos, a existência de mais de um regime para os servidores públicos se mantém como o modelo básico, sempre pautado na diferença entre atividades de estado e atividades de intervenção do estado.

A legislação brasileira, por sua vez, sobre regime de servidores públicos, que se foi sucedendo historicamente, manteve sempre a idéia de pluralidade, ou, pelo menos de dualidade de regimes. Clássica é a lição de Viveiros de Castro no sentido de que:

> Sob o ponto de vista doutrinário, não se identificam os conceitos de – funcionário e empregado público. Segundo Bluntschli, a função pública é um órgão do corpo do estado tendo a sua missão pública peculiar, e conferindo ao respectivo funcionário um poder de determinação própria, na sua esfera de ação, o que, aliás, não exclui a subordinação hierárquica. A idéia de funcionário implica a de autoridade exercendo um dos direitos da soberania. Os empregados, pelo contrário, não têm autoridade, nem esfera de ação próprias; são auxiliares e subordinados dos funcionários.[21]

Embora um estatuto específico só viesse a ser editado bem posteriormente à data daquela obra, do início do século XX, o regime legal, ao lado do, ou dos contratuais, coexistiu desde a primeira república e persistiu até a antes da presente Ordem constitucional. Antes mesmo do surgimento da legislação trabalhista, tal como hoje concebida, existiam os submetidos a contratos de prestação de serviços, ao lado dos servidores públicos, depois vieram os submetidos ao regime trabalhista, ao lado dos estatutários, isso sem falar na figura precária dos antigos "extra-numerários". Na vigência das constituições de 1946, 1967

---

[20] Fuentetaja Pastor, Jesús A.: "Modelos europeos de función pública", in Paniagua, Enrique (org.): *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Conex, Madrid, 2003, p.117.

[21] Viveiros de Castro, Augusto Olimpio: *Tratado de ciencia da Administração e Direito Administrativo*, 3ª. ed., RJ, J. Ribeiro dos Santos, 1914, p. 556 (obs.: ortografia atualizada). No mesmo sentido, consulte-se Maximiliano Pereira dos Santos, Carlos: *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, Ed. fac-similar (de 1891), Brasília, 2005, pp. 502-503.

e Ec no. 01/69 coexistiam servidores de carreiras de Estado submetidos, no âmbito federal ao antigo Estatuto dos servidores públicos civis da União (lei no. 1.711/52) e o conjunto mais amplo daqueles submetidos à legislação trabalhista e, em alguns entes políticos menores ainda existiam regimes de contratos administrativos .

Reproduzo, aqui, o que já ressaltei sobre a pluralidade de regimes, na vigência da constituição anterior:

> A Emenda Constitucional 01/69 por sua vez (materialmente uma nova constituição, fundada em ato de força dos membros da junta militar e não na Carta de 1967), manteve a pluralidade de regimes sem especificar qual seria o não estatutário, em verdade, abrindo possibilidade para um terceiro regime, pois referia-se não a regime trabalhista, mas a regime especial, admitindo a doutrina outro regime além do estatutário legal e o trabalhista que seria o do contrato administrativo. No âmbito federal houve grande utilização do regime trabalhista, sobretudo após a edição da lei no. 6.185, de 11.12.1974, que o consagrou como regime básico para as atividades não exclusivas (...) outros entes políticos, merecendo destaque o Estado de São Paulo, com a Lei no. 500 e o Município de São Paulo, com a Lei 9.160/80, optaram por regimes de contratos administrativos, sendo esses regimes, inclusive, aceitos pelo STF.[22]

A Constituição de 1988, apartando-se da tradição jurídica brasileira e também, do referencial representado pelos sistemas jurídicos que normalmente têm servido como modelo ao Brasil e, sobretudo, desprezando as diversidades de áreas nas quais o Estado se faz presente desde a adoção, ainda que imperfeita do *standard* do bem estar social, implantou regime jurídico único para cada conjunto de servidores públicos dos entes políticos nas três esferas, ou seja, um regime jurídico para os servidores da Administração direita, autarquias e fundações públicas federais. Um para cada Ente político abarcando -

Administração Direta, e Indireta Pública - autárquica e fundacional de cada Estado e no mesmo sentido no âmbito estadual.

Sempre me pareceu, na esteira do pensamento de autores como Adilson Abreu Dallari e Hely Lopes Meirelles, que esses regimes únicos teriam que ser estatutários, como salientava o primeiro desses autores, logo após a entrada em vigor da Constituição que "o regime único a ser utilizado pela administração centralizada e autárquica (compreendida nesta as fundações públicas) para o regime permanente, é o regime estatutário, exatamente por ser o regime próprio, típico e adequado para a administração pública, mas que somente pode ser utilizado por pessoas jurídicas de direito público, como é exatamente o caso

[22] Cavalcanti, Francisco: "Servidores Públicos e regime jurídico único", in *Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas*, RT, São Paulo, 2003, p. 236.

das entidades referidas no art. 39".[23] Ressalto que o regime não deveria ter sido único, mas , em sendo único, para as pessoas jurídicas de direito público, não haveria como não ser o estatutário. A doutrina consolidou-se nesta posição. O STF, muitos anos depois viria inclusive a reconhecer do não cabimento de regime contratual trabalhista para as carreiras de Estado, o que invalida, pois, a tese da possibilidade de regime único contratual o que levaria, obrigatoriamente a que os servidores das carreiras de Estado tivessem vínculo contratual. O STF quando reconheceu a inconstitucionalidade parcial da lei que estabeleceu o regime contratual para as atividades de regulação (nº. 9986/200), reforçou esse posicionamento, provocando, posteriormente, em substituição, a mudança do regime contratual pelo estatutário, naquelas entidades, com a edição da lei no. 10871/2004.

A adoção do regime jurídico único, nas várias esferas da federação brasileira, se deu, também, maculada, por grave inconstitucionalidade material. Os servidores, então contratados, que tinham mais de cinco anos de exercício na data de entrada em vigor da Constituição, em 05.10.88 teriam assegurado pelo ADCT, art. 19, direito à estabilidade, excepcionalmente, mas, submetidos ao regime em que se encontravam, ou seja, seriam, excepcionalmente, servidores com regime contratual, com estabilidade constitucional. Para que migrassem para o regime estatutário teriam que ser submetidos a concurso público, no qual o tempo de serviço submetido ao regime contratual seria considerado como título. Assim dispõe, expressamente, o art. 19, caput, do ADCT. Ocorre que as leis que criaram novos regimes estatutários, no âmbito federal, p. ex., a lei no. 8.112/90, ou no âmbito dos estados-membros, p. ex., a lei complementar no. 03 de Pernambuco, simplesmente "transformaram" os vínculos contratuais e estatutários.

Essa "estatutarização" das relações contratuais preexistentes violou a Constituição. A matéria referente a esse art. da lei no. 8112/90 encontra-se até a presente data pendente de apreciação em ADIN pelo STF. A estabilidade prevista no texto constitucional era no regime jurídico em que se encontravam os servidores e não com migração para o regime estatutário. Para que tal migração pudesse ocorrer seria necessário concurso público, no qual tal período de prestação de serviços seria considerado como título. Tal fato teve graves conseqüências, inclusive quanto ao ônus imposto aos cofres públicos pelo ingresso de grande número de servidores, até então submetidos ao regime trabalhista, em sistema previdenciário especial, com direito a benefícios não previstos no RGPS, tais como: 1- percepção de aposentadorias e pensões em valores idênticos aos das remunerações dos servidores ativos; 2- paridade no índice de reajustes, transformações e alterações dos quadros remuneratórios daqueles. Esse regime de previdência dos servidores públicos era, de mera repartição simples e as

[23] Dallari, Adilson Abreu: *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2a. ed., RT, São Paulo, 1994, p. 46.

contribuições dos vinculados ao RGPS tinham, muitas vezes salário de contribuição inferior ao valor efetivo do benefício, nele não havendo base atuarial equilibrada suficiente para possibilitar essa mudança, sem graves conseqüências para o equilíbrio das contas públicas.

Sem dúvida, esse fato, foi um dos responsáveis pela *"reforma administrativa e previdenciária"* do regime dos servidores públicos que viria com as Emendas constitucionais de no. 18, 19, 20 , 41 e 47, que serão mais adiante referenciadas em seus aspectos principais. A Emenda Constitucional no. 18/98 excluiu do conjunto de Servidores Públicos os militares que inicialmente eram tratados como espécie do gênero Servidores. Tal exclusão possibilitou o tratamento diferenciado desse segmento dos agentes públicos das regras que estariam por vir em relação aos servidores civis, inclusive no tocante ao regime previdenciário. Posteriormente, entrou em vigor a EC no. 19/98 intitulada, vulgarmente, de Emenda da "*reforma administrativa*", mas, que, em verdade, cuidou-se, quase que só de reforma do regime dos servidores públicos.

Algumas modificações da EC no. 19/98

Em relação ao regime estatutário, algumas alterações relevantes devem ser destacadas. Algumas delas visaram dar instrumentalidade ao princípio da eficiência. Dentre essas as que interferiram na estabilidade dos servidores estatutários. Houve ampliação do prazo para obtenção da estabilidade, que passou para três anos com reflexo sobre o estágio probatório. Como bem se observou, desde o início, posição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, quando aproxima os dois institutos, como dois irmãos siameses, destacando, como resultado da citada emenda que:

> A estabilidade só se adquire depois de três anos. O período compreendido entre o início do **exercício** e aquisição da **estabilidade** denomina-se de **estágio probatório**, e tem por finalidade apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, referentes á moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.[24]

Outro aspecto relevante da citada Emenda no. 19/98, foi a modificação da disciplina da disponibilidade, no sentido que os proventos de disponibilidade seriam proporcionais ao tempo de serviço, restaurando princípio assente no regime anterior à Constituição de 1988. Além disso, ressalte-se que foi ela que tentou, de modo mais preciso fixar os tetos de remuneração, com a criação do regime de subsídios. Por outro lado, norma mais rigorosa foi fixada, com a alte-

[24] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*, 21ª. ed., Atlas, São Paulo, 2008, p. 563.

ração do art.169 em relação ao comprometimento de limites dos entes públicos com a receita corrente líquida.

Saliente-se, ainda, dentre outras relevantes alterações da citada Emenda o desaparecimento do permissivo de vinculações de remuneração além das contempladas na Constituição e a previsão de adequação de quaisquer excessos de remuneração, ou proventos aos limites fixados e, ainda, a ruptura de vínculo mesmo de estáveis, por desequilíbrio em relação aos limites da lei de responsabilidade fiscal, com despesa de pessoal, observados os limites e o procedimento, com as ressalvas do parágrafo 3º, do art.169, da CF/88.

A reforma administrativa, com a quebra do regime único, que se pretendeu com a EC nº 19, deve ser sempre entendida em contexto conexo com a pretensa reforma do regime especial de previdência dos servidores públicos. A possibilidade de reutilização para o futuro, do regime contratual, reduziria a médio e longo prazo as despesas previdenciárias, embora tal fato, por si só também implicasse, em igual prazo, em redução de receita, pois o limite do salário de contribuição no RGPS é de dez vezes o salário mínimo e não a integralidade da remuneração como ocorre em relação ao servidor estatutário. Não se pode olvidar que o sistema previdenciário dos servidores públicos, então, tinha a característica de *repartição simples* e não de capitalização, como viria a se pretender implantar, posteriormente. De qualquer sorte, em seguida à aprovação da EC no.19/98, entrou em vigor a lei no. 9.962, de 22.02.2000, cujo art. 1º, fixou que o pessoal admitido para emprego público na Administração Pública Federal, inclusive a fundacional e autárquica teria suas relações de trabalho fixadas pela legislação trabalhista. Essa lei, inclusive, veio a assegurar em seu art. 3º, verdadeira estabilidade aos empregados sujeitos à legislação trabalhista a serem admitidos. Tal preceito, embora haja aplicação das regras pertinentes ao FGTS, em relação a esses servidores, justifica-se, pela amplitude do princípio da impessoalidade que alcançaria quaisquer servidores da Administração Pública, independentemente do regime. De nada adiantaria exigir-se prévio concurso público para ingresso, se a demissão imotivada fosse possível. **A quebra do regime jurídico único foi, entretanto, suspensa, pelo julgamento do STF, da medida cautelar na ADIN.MC no. 2.35.4**, quando aquela Corte decidiu, por maioria expressiva, deferir parcialmente a medida cautelar requerida para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, fixando-se que a decisão, como é próprio das medidas cautelares, teria efeitos *ex nunc,* subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa.Votou no caso, inclusive a então Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrou o acórdão, já publicado em 07.03.2008. De se ressaltar que, face ao enorme lapso temporal entre a entrada em vigor da Emenda e a decisão da suprema Corte, houve razoável número de contratações, precedidas de concursos públicos, para empregos na Adminis-

tração Pública reforçando a necessidade de limitação temporal de efeitos do julgado na cautelar. Merece explicitação que a inconstitucionalidade apontada decorreu de vício formal, não havendo qualquer obstáculo jurídico à renovação da proposta.

Da estabilidade dos servidores públicos e do estágio probatório

A Constituição de 1988, no tocante à estabilidade dos *servidores efetivos*, inovou ao não contemplar hipótese de estabilidade dessa espécie de agente sem concurso público. O texto constitucional apenas contemplou a estabilidade excepcional dos não concursados do período anterior à atual ordem constitucional, na situação do art. 19 do ADCT, nas condições ali fixadas, ou seja, desde que em 05.10.1988 tivessem mais de cinco anos de exercício. No corpo permanente, o provimento do efetivo será sempre precedido de concurso, representando o exercício o termo inicial do prazo para fins de aquisição de estabilidade. As Constituições de 1934 e de 1937 estabeleciam que o servidor efetivo nomeado após concurso público adquiriria estabilidade após dois anos de exercício e os não concursados, após dez anos. Já a Constituição de 1946, em seu art. 188, manteve o prazo de dois anos em relação aos concursados, estabelecendo que os funcionários não concursados tornar-se-iam estáveis após cinco anos. A Constituição de 1967 na redação original e pós-emenda 01/69, passou a referir-se, tão somente à estabilidade dos funcionários nomeados por concurso (art.100), sendo silente em relação aos não concursados. Na vigência dessas constituições era possível a investidura em cargos efetivos sem concurso público, mormente em cargos isolados, desde que houvesse expressa previsão legal. Esses cargos, regra geral, eram cargos isolados, de elevada remuneração, que serviam para contemplar pessoas ligadas aos detentores do Poder Político. Já a Constituição vigente, como já salientado anteriormente, passou a exigir para o provimento dos cargos efetivos e dos empregos na Administração direta e indireta, o salutar e democrático procedimento seletivo na modalidade de concurso público. A EC no. 19/98 que passou a prever dentre os princípios da Administração Pública o da **eficiência**, trouxe um conjunto de alterações constitucionais visando dar concretude, ao menos em tese, a esse princípio. Em relação ao regime dos servidores ampliou o prazo e aquisição de estabilidade para três anos, revogando-se, pois, a previsão inicial de dois anos e estabeleceu a possibilidade de ruptura do vínculo do estável por insuficiência de desempenho desde que objeto de um procedimento administrativo regular (nos termos que vier a ser fixado em lei complementar), além de prever a redução do quadro mesmo alcançando servidores estáveis para fins de adequação aos limites de

comprometimento da receita corrente líquida (conforme previsto no art. 169 da CF/88, com a redação dada pela EC no. 19/98). Em relação ao primeiro tópico, surgiu, relembre-se, a partir dessa modificação, conforme já mencionado, intensa e no meu entender desarrazoada discussão sobre a ampliação ou não do estágio probatório. Irrepreensível a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, no sentido que "o período compreendido entre o início do exercício e a aquisição de **estabilidade** é denominado **estágio probatório**".[25]

Além da ampliação do prazo de aquisição de estabilidade para três anos, houve a previsão das duas importantes outras modificações, aqui citadas ambas, entretanto, até a presente data sem efetividade. A primeira foi a introdução da possibilidade de perda de cargo de servidor estável *mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho*, ***na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa***. Tal previsão é bastante salutar. Relevante para possibilitar que o conjunto de servidores que não cumprem adequadamente suas funções, que não têm desempenho suficiente possa ser excluído do serviço público. Tal, embora possa ser, à primeira vista, entendida como drástica, é razoável em se considerando os elevados volumes de recursos destinados ao pagamento das remunerações dos servidores que, têm, em contrapartida a obrigação de prestar adequadamente os serviços que lhes são atribuídos. Ocorre, entretanto, que até a presente data a referida e imprescindível lei complementar não foi editada. O Congresso manteve-se até a presente data inerte. A outra hipótese é a perda de cargo dos estáveis, na hipótese do art.169, parágrafo 4º do texto constitucional, situação não ocorrente até hoje. Pelo menos avanço se teve com a EC. no. 19/98 que passou a prever como condição para a aquisição da estabilidade a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, não havendo mais que se falar em "estabilidade por decurso de prazo".

No mais, manteve-se a situação fática anterior à Emenda, quando, em raras situações, só com a ocorrência de gravíssimas faltas tipificadas em lei é que a ruptura do vínculo, por demissão de fato acontecia. Permanecem, pois, como efetivas hipóteses de perda de cargo de estáveis: sentença judicial transitada em julgado; ato administrativo motivado, da autoridade competente após regular processo administrativo no qual sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório ao servidor acusado, inclusive com a utilização hipotética de recursos.

[25] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella: ob. cit., p. 563.

A Previdência dos Servidores

A Constituição de 1988, em relação ao regime previdenciário dos servidores trouxe, inicialmente, significativas e vantajosas mudanças, que bem oneraram os cofres públicos. Alguns desses direitos alcançados com a nova Ordem Constitucionais, representativas de mais vantagens pecuniárias para os servidores públicos e seus dependentes, foram, de certo modo, responsáveis pelas posteriores reformas, representadas pelas Emendas constitucionais 20, 41 e 47, que os atenuou, reduzindo seus elevados custos, a Carta origina representou, em uma figura de linguagem, uma preamar de benefícios e as emendas que vieram um refluxo dessa maré, para adequação às disponibilidades orçamentárias. O texto original, implicou em ampliação das despesas da previdência social, quer em relação ao regime geral, quer em relação ao regime especial dos servidores civis, mantendo, também o oneroso regime previdenciário dos militares e seus dependentes. Foram relevantes os acréscimos pecuniários decorrentes do enorme acréscimo no número de beneficiários do regime especial dos servidores públicos com a unificação dos regimes jurídicos, sempre estatutários, o que deslocou o ônus dos pagamentos dos benefícios para as pessoas jurídicas de direito público das esferas onde aqueles prestavam serviços. Esse fato, por si só, já representou um relevante acréscimo de despesas. Não se olvide da inexistência de equilíbrio atuarial, ou de efetivo planejamento para que tal ocorresse. Outros componentes desse desequilíbrio podem também ser apontados: Assegurou-se a paridade e a igualdade entre os valores percebidos na inatividade pelos servidores inativos e até pelos pensionistas em relação aos servidores ativos. Observe-se que o sistema previdenciário brasileiro era de *repartição simples*, não havendo, pois, capitalização dos valores referentes a cada um para pagamento dos futuros benefícios.

Com o desequilíbrio constatado do sistema, sob o aspecto econômico, aliado a outros fatores relevantes, como o mundial aumento da expectativa de vida houve a necessidade de reforma do sistema previdenciário dos servidores. Ao lado desses fatores, surgiria o interesse do setor financeiro privado na formação de um sistema de capitalização de longo prazo, representado pelos planos de previdência complementar.

Essa maior longevidade das pessoas, do aumento do contingente de idosos fez com que medidas fossem concretizadas, nos vários ordenamentos jurídicos, visando atenuar esse desequilíbrio. As medidas imaginadas e que representaram o norte das emendas de previdência dos servidores públicos visaram: a) ampliação de receitas, inclusive de natureza tributária e nessa linha, a inclusão dos inativos como contribuintes; b) a redução do universo potencial de inativos, com a fixação de limites mínimos de idade; c) a redução dos valores máximos dos benefícios sociais, ressalvando-se a existência de sistemas de benefícios complementares, de natureza contratual.

A Emenda Constitucional 20/98 representou o primeiro passo visando a reforma da previdência social brasileira e alcançou, também regras do RGPS, embora, enfaticamente, tenta tratado do conjunto dos servidores civis, sem alcançar a reforma o regime dos militares, mesmo dos pensionistas destes.

Essa emenda trouxe algumas modificações relevantes:

a) Conforme já destacado, reduziu o universo dos beneficiários de salário-família para os trabalhadores e servidores de baixa renda;
b) Excluiu do regime especial os servidores ocupantes de cargos em comissão que passaram a ser vinculados, conforme já explicitados, ao regime geral de previdência social (RGPS), e no tocante aos titulares de cargos efetivos, tomou os valores das remunerações desses como parâmetros para fixação das aposentadorias e pensões. Pacificou a Emenda a divergência quanto ao não cabimento de acumulação de vencimentos com proventos, exclusive as hipóteses acumuláveis constitucionalmente. Observe-se que a ressalva em relação aos que já acumulavam contrariou ao que vinha decidindo o STF, em julgamentos como os dos Recursos Extraordinários 81.729-SP, 77,237-SP, 76.241-RJ;
c) Introduziu o caráter **contributivo, observados critérios para preservação de equilíbrio financeiro e atuarial**[26,27].
d) Substituiu a figura do tempo de serviço por *tempo de contribuição.*

A antiga aposentadoria por tempo de serviço, mantida pela constituição na sua versão original, foi substituída pelo novo modelo com a exigência de um duplo requisito que são o tempo de contribuição e a idade mínima, fixada, com a EC no. 20/98, em 53 anos para homem e 48 para mulheres, limites esses que seriam novamente majorados com a EC. no. 41/2003, esta última representando uma nova fase, mais aguda e rigorosa quanto aos requisitos para aposentadoria voluntária, fixando-se em 60 anos para homens e 55 anos para mulheres, observado o requisito de trinta e cinco anos de contribuição para os primeiros e trinta anos para as segundas. A reforma previdenciária dos servidores também passou a exigir como requisitos o tempo mínimo de serviço público, fixado em

[26] Cavalcanti, Francisco: *O novo regime previdenciário dos servidores públicos,* Nossa Livraria, Recife, 1999, p. 34.

[27] A filosofia da reforma poderia ser assim sintetizada, nas palavras de Marcel Viana Estevão de Moraes: "Sistema previdenciário misto que conjugue harmonicamente um setor público básico, obrigatório, solidário, retributivo, com cobertura horizontal que agregue o conjunto da população economicamente ativa, em regime de repartição simples, com benefícios definidos, limitados até um determinado teto e relacionados com as contribuições feitas durante a vida laboral- com um sistema complementar- em regime de capitalização de contribuições adicionais, preferencialmente privado, voluntário, fundado na iniciativa e na capacidade de poupança individual".

dez anos de efetivo exercício de serviço público e cinco anos de exercício no cargo no qual se pretende aposentar.

As hipóteses de aposentadoria por invalidez e a idade limite de aposentadoria compulsória, por se alcançar a idade limite de setenta anos não foram alteradas.

As Emendas Constitucionais 41 e 47 voltaram a alterar o regime constitucional da previdência dos servidores. Merece destaque o fato de os inativos passarem, com a EC no. 41/2003 a ser contribuintes para o regime previdenciário, matéria essa que foi objeto de acesos debates, tendo o STF reconhecido a constitucionalidade da ampliação do universo de contribuintes através de emenda constitucional, o que antes havia sido reconhecido como inconstitucional, quando se pretendeu introduzir a mudança por mera alteração da legislação ordinária. As contribuições a serem pagas pelos inativos incidem apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superam o teto do RGPS e em se tratando de aposentadoria por doença incapacitante o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

Esse fato, combinado com a previsão de abono correspondente ao valor do benefício que passou a assegurar aos servidores já com os requisitos para a aposentadoria voluntária, a devolução como abono, do valor do benefício previdenciário, tem estimulado a permanência daqueles em serviço, reduzindo o déficit previdenciário, elevando estatisticamente, a média de idade de aposentadorias dos servidores públicos estatutários.

A mais ampla modificação no regime previdenciário dos servidores civis, representada pela ruptura com o sistema de aposentadorias e pensões com valores idênticos aos dos cargos efetivos dos ativos, apesar de já prevista constitucionalmente, não foi ainda implantada, pela falta de criação dos fundos fechados de pensão correspondentes, a depender das leis criadoras, nos moldes previstos na Lei Complementar no.108/2001, no âmbito da União, de cada um dos Estados Membros e dos Municípios. Expressamente passou a estabelecer a Constituição, na redação emendada que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que venham a instituir regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime especial dos servidores públicos o limite previsto para os benefícios do regime geral da previdência social. Tal implantação representa, em verdade, a convergência dos dois regimes, o especial dos servidores públicos e o geral da previdência social. Essa implantação tem sua implantação já prevista constitucionalmente, já disciplinada pela lei complementar no. 108, dependendo a implantação das leis de criação, em cada pessoa política de um fundo fechado de previdência complementar, público (possivelmente sob a forma de autarquia) para oferta aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, pois, os planos de benefícios pré-definidos foram vedados pela Emenda no. 20/98 por não terem equilíbrio atuarial e

representarem, constantemente, fontes de gastos adicionais dos entes mantenedores. Essa necessidade de adoção, do modelo de benefícios pós-definidos, também denominado de sistema de contribuições pré-definidas, em substituição àqueles de benefícios pré-definidos não foi uma necessidade presente apenas no direito brasileiro. Douglas Fore, examinando o sistema norte-americano, após a edição do *Employee Retirement Income Security Act*, de 1974, demonstra a coexistência dos dois sistemas e as vantagens da adoção daqueles "*defined contribution pensions plans*".[28]

Relevante ressaltar que a EC no. 20/98 assegurou aos servidores que ingressarem antes da implantação dos Fundos de Previdência complementar o direito de optar pelo novo regime, não podendo ser compelidos a tal mudança. Vive-se, atualmente, um complexo sistema de transição, no tocante às aposentadorias, levando-se em conta vários fatores condicionantes, tais como, dentre eles, se o servidor ingressou no serviço público antes da Emenda no. 20, entre essa e a Emenda 41, ou após essa.

As pensões previdenciárias do regime especial dos servidores públicos, por sua vez, sofreram sensíveis modificações com as emendas de alteração do regime previdenciário. De um sistema inicial em que se assegurava a integralidade dos proventos, com a manutenção da paridade com o valor da remuneração do instituidor da pensão evoluiu-se para um sistema de valor mais limitado, para aqueles cujos benefícios ultrapassam o teto do regime geral da previdência social (RGPS). A pensão, após as Emendas Constitucionais 20, 41 e 47 passou a observar as seguintes regras: Em sendo o instituidor da pensão já aposentado, a pensão deve corresponder à totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social previstos no art. 201, da constituição, com acréscimo de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; e, em sendo o falecido, servidor em atividade, a correspondência será ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social previsto no art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. Outro aspecto relevante no tocante às pensões foi que houve desvinculação dos reajustes das pensões em relação às remunerações dos instituidores falecidos, passando o texto constitucional emendado, do art.40, § 8º a assegurar, tão somente, o reajustamento desses benefícios nos mesmos moldes da previsão genérica do art. 201 constitucional (*para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real*). Observando-se as variações dos valores dos benefícios previdenciários em cotejo com os reajustes, reclassificações, reposições e outras fórmulas de acréscimos

[28] Fore, Douglas: "The transition from defined benefit to defined contribution pension plans", in Mitchell, Olivia S. e Hustead, Edwin, C. (orgs.): *Pensions in the Public Sector*, PENN, Filadelfia, 2000, p. 273.

pecuniários dos servidores públicos e ver-se-á que aqueles sofrem alterações em índices bem menores.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, originariamente, que o tempo de serviço federal, estadual ou municipal seria computado, reciprocamente para fins de aposentadoria e disponibilidade. Posteriormente, com a EC no. 20/98 houve alteração do tempo computável para fins de aposentadoria passando de tempo de serviço para **tempo de contribuição,** permanecendo o tempo de serviço correspondente apenas para efeito de disponibilidade. Por outro lado, não mais é possível desde a EC no.20/98 a contagem de tempo de contribuição fictício. Essas, são, em resumo, algumas das modificações no regime previdenciário dos servidores públicos no curso desses vinte anos de vigência da Constituição de 1988.

A título de conclusão

Deve se salientar que a constitucionalização do regime dos servidores, representada pela Constituição de 1988, inicialmente indicava um caminho com forte influência corporativista, embora com méritos, como a consolidação do princípio do livre acesso, para a conquista de direitos sociais. A Constituição não foi, entretanto, até a presente data, instrumento suficiente para coibir abusos representativos da secular e perniciosa tradição patrimonialista brasileira.

a) A efetividade do princípio da eficiência com o reforço do sistema de méritos, a busca do profissionalismo e da capacitação são caminhos ainda com longos trechos por percorrer;
b) A quebra do regime jurídico único, a aprovação da lei complementar que regulará a avaliação dos servidores estáveis, ao lado da concretização de medidas visando reduzir o excesso de cargos em comissão, de terceirizações abusivas, de contratações temporárias, dentre outras medidas concretas, são imprescindíveis para a valorização dos servidores públicos aos quais deve-se assegurar dignas remunerações.
c) A disciplina mais efetiva sobre terceirizações indevidas, com a ocupação de postos de trabalho que deveriam ser providos por servidores efetivos.
d) A democratização verdadeira, do acesso aos cargos e empregos da Administração Pública, nas três esferas e nos três Poderes é algo imprescindível para a melhoria do serviço público e para redução de vielas para corrupção e captura da Administração Pública.

La Constitución económica en Cuba

Lissette Pérez Hernández*

"La economía debe estar al servicio de la política: hay que politizar la economía y también hay que socializar la política, ya que esta debe colocar por delante los grandes intereses de la sociedad"[1]

A modo de introducción

Las constituciones modernas se caracterizan por diseñar un modelo de sociedad que cristalizan en tres ejes fundamentales muy relacionados entre sí: el sistema político, el sistema económico y los derechos y deberes fundamentales, lo que trae como consecuencia que crezcan las expectativas acerca del papel que debe desempeñar el Estado: debe ser eficaz y legítimo en las decisiones que toma, en las actividades que ejecuta, en la selección de los instrumentos que utiliza para implementar las políticas públicas, así como en la exigencia de responsabilidad al funcionario público en el uso eficiente de los recursos del Estado; todo ello garantizando el ejercicio y disfrute de los derechos ciudadanos.

La Constitución económica, al establecer la estructuración, los principios rectores y las pautas de actuación de la economía, implanta un modelo específico de Estado. Relacionado con ello, la doctrina ofrece diversas clasificaciones de los modelos económicos, en su mayoría diferenciadas por características esenciales que se destacan en su regulación y funcionamiento. De ellas, consideramos pertinente reconocer como principales[2] los siguientes modelos económicos constitucionales: el de economía de mercado (priman las leyes económicas ciegas de oferta y demanda), propio de los sistemas económicos liberales; el de economía centralizada, con mayor intervencionismo y economía planificada; y el de economía mixta, donde se toman elementos compatibles de los anteriores y se procura satisfacer ciertos estándares de vida de los ciudadanos, aunque en

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1 Chávez Frías, Hugo Rafael: Seminario Internacional de Integración Financiera en América Latina y el Caribe, Banco Central de Venezuela, 24 de marzo de 2006.

2 Ver: Cosculluela Montaner, Luis y López Benítez, Mariano: *Derecho Público Económico*, 3ra. edición, IUSTEL, Madrid, 2009.

realidad es una forma históricamente evolucionada y reacomodo táctico del modelo de economía de mercado.

Con los mismos indicadores, autores como Parejo Alfonso[3] consideran que la economía se distingue a partir del papel del Estado en ellas, y plantean que desde ese punto de vista las principales formas extremas que se han presentado son la economía planificada y la economía de mercado; la primera descansa en la centralización en el Estado como propietario único de los medios de producción, de las decisiones económicas fundamentales, articuladas mediante planes periódicos de objetivos y cobertura de necesidades, que limitan la iniciativa privada; mientras la segunda reposa sobre el principio de autonomía privada bajo la forma de libertades de empresa, profesión y oficio, y contratación y propiedad privada; descentralización de las decisiones económicas.

Los distintos modelos como alternativas diferentes del ejercicio económico se articulan sobre la base de la combinación resultante de diferentes ejes,[4] a saber: la propiedad dominante, las formas de gestión de la propiedad, las fuentes y bases materiales de acumulación, los mecanismos de regulación de la producción social, la organización económica del Estado, las características de los mercados, y las fuentes y formas de distribución de los ingresos.

Como es fácil apreciar desde esa línea de análisis, cuál es el papel del Estado en la economía, cómo se caracteriza el régimen de economía; cómo se definen el sistema de propiedad y las disposiciones orgánicas relacionadas con las atribuciones que norman los principales instrumentos para actuar en materia económica, son elementos que concretan la tipología de los sistemas económicos, les otorgan sentido a los proyectos económicos y conllevan determinada política social.

En correspondencia con lo anterior, el presente trabajo se propone un análisis desde la perspectiva del derecho constitucional, una reflexión sobre algunos de los fundamentos del constitucionalismo socialista y el papel del Estado como regulador en ese contexto, sobre la base de una tesis esencial: el Estado debe tener como objetivo primero, procurar no solo riquezas, sino el bienestar de la población, por lo que debe a la par que promueve el desarrollo, reforzar su capacidad de supervisión y control, para garantizar con ello que las leyes económicas operen en consonancia con ese fin, porque al decir de Bidart Campos: "Es indudable que, aun sin ser economistas, no resulta audaz sino obligatorio aportar criterios éticos, políticos y jurídicos, en una mínima interdisciplina-

[3] Ver: Parejo Alfonso, Luciano (Director): *Lecciones de Derecho Administrativo. Orden Económico y sectores de referencia*, 2da. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 19.

[4] Colectivo de autores: *Aprendiendo economía en Cuba. Nociones para no economistas*, Universidad de La Habana, La Habana, 2013, p. 81.

riedad bien tramada, para armar un sistema económico que resulte apto a la dignidad de la persona humana".[5]

¿Por qué consideramos importante el análisis económico de la Constitución?

Las respuestas pueden variar según sean los propósitos y los métodos de análisis seleccionados. Indagar en los propósitos de las normas es trascendental para un examen de este tipo, desde varias perspectivas; en este caso nos inclinamos por la importancia que revisten las posiciones éticas que encierran las políticas públicas, como fundamentos de las normas jurídicas, preferimos este enfoque en consideración a la forma transparente en la que pueden evidenciar los objetivos esenciales que persiguen. Dado que el Derecho desempeña, entre sus funciones, la de distribuir valores en la sociedad, los propósitos de las normas que regulan la economía (como en otros ámbitos), están relacionados con esferas axiológicas signadas por la selección consciente entre valores, en ocasiones extremos. En ese sentido, es frecuente que en la esfera económica la eficiencia o la equidad desempeñen roles protagónicos como preceptores orientativos para las normas que regulan.

No es objetivo de este trabajo analizar las consecuencias de una u otra posición, conocedores de que pueden convivir sistemáticamente intervinculadas, a partir de una ponderación adecuada en algunos casos y una definición de principios subyacentes que defina el fundamento más justo, en otros; nos es suficiente tener como presupuesto de partida el papel que puede jugar el Derecho como concreción de intereses y legitimador de políticas públicas y cómo las Constituciones, por el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico, contribuyen a ello.

De igual manera, los métodos de análisis pueden influir en las diferencias de los resultados alcanzados, motivados por el contenido y alcance de las preguntas que hayan trazado el camino seguido. No es lo mismo realizar un análisis exegético a partir de un conocimiento descriptivo y sistematizador de las normas jurídicas, que enfocar la indagación jurídica en torno a los efectos reales que pueden causar determinadas instituciones jurídicas para la justicia, la seguridad jurídica, la democracia, por citar solo algunos valores esenciales.

Por último, de la mano del profesor Bulté "quisiera decir algo que parece estar ya fuera de toda duda: no existe el derecho como realidad artificial de laboratorio; el fenómeno jurídico forma parte de la candente existencia de la sociedad, emana de ella, se cuece en ella y está encaminado a surtir determinados

[5] Bidart Campos, Germán J.: *La Constitución económica*, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2003, p. 37.

efectos dentro de esa dinámica social. De tal modo, ningún ordenamiento jurídico, y por tanto el Derecho en sentido absoluto y universal, jamás es ajeno a las luchas sociales, a la espiritualidad de una sociedad específica, a su cultura, sus contenidos étnicos, nacionales, religiosos; sus luchas políticas, sus enfrentamientos de clase en fin".[6]

La eficiencia de un ordenamiento jurídico, en nuestra opinión, debe corresponderse con la realización de los valores de conjunto y en la misma jerarquía que los ha reconocido constitucionalmente.

Características constitucionales esenciales del modelo económico[7] cubano

La Constitución cubana regula los contenidos correspondientes a la constitución económica de manera difusa.[8] Se incluyen en algunos artículos dispersos por el texto, principalmente como parte del Capítulo I, sobre los "Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado", así como en el Preámbulo, donde se regulan algunos elementos esenciales que fundamentan el proyecto económico del Estado.

En Cuba el proyecto económico constitucionalmente trazado es la comunión de aspectos políticos e ideológicos. Otorga los límites fronterizos al marco de actuación y define los principios para la concreción de los objetivos del socialismo y del sistema político y social revolucionario establecido en la Constitución, con el propósito de garantizar su sostenibilidad.

El texto constitucional regula reglas de intervención específicas, autoriza y legitima acciones de los entes administrativos, que pueden traducirse en limi-

---

6 Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 5.

7 En su aplicación al campo de la economía, un modelo es "una construcción del pensamiento que ilustra de manera simplificada el funcionamiento o el desarrollo de la economía nacional o de una parte de esta". Ver: Drewnowski, Jan: *Pequeño diccionario económico*, Polgos, Varsovia, 1958. "El término de modelo económico se emplea para expresar de forma sintética los principios, el modo de funcionamiento y los mecanismos de gestión de un sistema económico. Así, por ejemplo, se habla de capitalismo de libre competencia, o de capitalismo monopólico; de planificación material centralizada, etc.". González Gutiérrez, Alfredo: "Plan y mercado: aspectos estratégicos en el perfeccionamiento del modelo de planificación". *Cuba: Investigación Económica*, No. 3, julio – septiembre 2000, p. 3.

8 Las constituciones revolucionarias de América Latina con vocación social les destinan un espacio específico a los contenidos económicos. Ver: Capítulo IV Soberanía económica, Constitución de la República de Ecuador, 20 de octubre de 2008; Título VI Del Sistema Socioeconómico, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

taciones para los individuos, cuestión que constituye expresión inmediata de todos los valores que fundamentan al régimen desde una perspectiva iusfilosófica.[9]

La Constitución cubana después de la reforma constitucional del año 1992, posibilita el desarrollo de actividades privadas para que actores no estatales, sean colectivos o individuales, ejerzan la iniciativa económica sobre la base de los fundamentos marxistas de la propiedad individual y de los principios del sistema político socialista; el Estado mantiene su rol de actor principal de la economía, traza los postulados y estrategias en su conducción, encauza las acciones de todos al cumplimiento de sus objetivos en aras de garantizar el bienestar común; en armonía con otros sujetos quienes, con su participación en la gestión económica, deben colaborar en imprimirle mayor eficiencia y eficacia al socialismo.

El régimen económico resulta específicamente asentado a partir de los principios y valores que consagra el artículo 1 constitucional,[10] al establecer que el Estado es socialista y prescribir como sus objetivos, el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana. Con la misma delineación principista la Constitución consagra el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción, la distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo", la supresión de la explotación del hombre por el hombre, así como la regulación de supremacía del interés público frente al interés privado en las relaciones económicas.

Sobre la base de una orientación ideológica definida, la Constitución promueve la intervención del Estado en la economía con carácter regulador, planificador y controlador de la actividad económica, reservándose la prestación de determinados servicios y los principales instrumentos de fomento para impulsar el desarrollo del país. La enumeración de los bienes que conforman el patrimonio público (art. 15) constituye, entre otras, un reflejo de la proyección intervencionista del Estado en la actividad económica, con el objetivo de garantizar las condiciones que propicien la realización del principio de igualdad (art. 44) y promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país (art. 16).

El Estado asume funciones como la salud, la educación, la seguridad social, comunicaciones, transporte, etcétera, y mantiene una fuerte intervención en

---

[9] Ver: Pérez Martínez, Yuri: "Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en cuba". Tesis en opción del grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2014, p. 93.

[10] Constitución de la República de Cuba de 1976, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial No. 2, de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 —Ley de Reforma Constitucional, de 12 de julio de 1992, publicada en la Gaceta Oficial de la República No. 6, de 13 de julio de 1992.

la actividad jurídico-privada, por medio de técnicas administrativas como la ordenación, la promoción, el fomento y la fiscalización de la actividad económica, extendiendo su accionar fuera de los marcos que conceden otros sistemas económico-sociales.

En consecuencia, es atribución estatal regular, disciplinar y ejecutar la política económica y la planificación, con el objetivo de equilibrar las necesidades sociales y los recursos materiales disponibles, mediante las diferentes políticas estatales y normativas jurídicas relacionadas con aspectos del quehacer económico. La legislación estatal provee el marco normativo e institucional dentro del cual se desempeña la economía, a partir de la cual el Estado asume de forma directa la prestación de los servicios esenciales y se responsabiliza con el aseguramiento de las condiciones de vida y las necesidades básicas de la población. A modo de ejemplo, los principios que sostienen el modelo económico cubano al respecto, pautan el grado, extensión e intensidad de la intervención. El texto constitucional preceptúa reglas de intervención específicas, explícitas y positivas que crean títulos habilitantes en los poderes públicos en relación con la materia económica, o sea, la Constitución se convierte en norma autorizante y legitimadora de acciones que concluyen los entes administrativos y que pueden traducirse en limitaciones para los individuos.[11]

La Constitución le atribuye al Estado la función de organizar, dirigir y controlar la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista; satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos; promover el avance y la seguridad del país; administrar directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley, así como dirigir y controlar el comercio exterior (arts. 17 y 18c).

El diseño tiene como fundamento la concepción socialista de la economía, en la que los intereses empresariales se deben subordinar a objetivos más generales. De este modo, la función de la planificación debe ser armonizar la actividad económica en beneficio de la sociedad en su conjunto, de forma científicamente cimentada, para asegurar: primero, la acertada coordinación en el desarrollo de todas las ramas de la economía nacional del país; segundo, el constante progreso técnico de la sociedad; tercero, la distribución racional de

[11] Ver: Matilla Correa, Andry: "Constitución y Administración Pública: algunas ideas sobre las bases constitucionales del régimen jurídico-administrativo cubano", en Huck, Winfried y Pérez Martínez, Yuri: *Derecho, Economía y Sociedad en el Siglo XXI*, II Simposio Germano-Cubano de Derecho, 2013, La Habana, Cuba, Verlag Dr. Kova–, Hamburg, Alemania, 2013, pp. 319-334.

las fuerzas productivas y el aumento de la productividad del trabajo; cuarto, la elevación del bienestar de los trabajadores.[12]

La planificación es concebida como el eslabón central de la gestión económica de la sociedad. Comprende la elaboración de diferentes planes de la economía nacional, de distintas ramas, empresas y también de los territorios en los distintos niveles. Al respecto, señalaba Carlos Rafael Rodríguez, que "no es una mera operación técnica, a pesar de su contenido económico: es ante todo una operación política. Detrás de cada acto de planificación hay una filosofía social, una proyección socioeconómica de carácter histórico".[13]

La Constitución cubana reguló varias instituciones inspiradas en los postulados reconocidos por otras constituciones socialistas; de todas, fue la propiedad una de las que recibió mayor influencia. Constitucionalmente la propiedad es reconocida como parte integrante de los fundamentos políticos, sociales y económicos. No se regula expresamente como derecho, aunque, en algunas de las modalidades reguladas, es ineludible inferir esa condición.

Se reconocen en la Constitución, de forma expresa, seis formas de propiedad además de la propiedad estatal socialista: la propiedad de los agricultores pequeños sobre las tierras que legalmente les pertenecen y los demás bienes inmuebles y muebles que les resulten necesarios para la explotación a que se dedican; la propiedad de las cooperativas de producción agropecuaria; la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, sobre la vivienda que se posea con justo título de dominio y los demás bienes y objetos que sirven para la satisfacción de las necesidades materiales y culturales de la persona; la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley; y la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales sobre los bienes destinados al cumplimiento de sus fines.

Se destaca la propiedad estatal socialista, regulada en el art. 14 constitucional que le confiere la plataforma socialista al régimen socioeconómico cubano. Está conformada por los bienes colectivos que integran el patrimonio del Estado para garantizar los intereses primordiales de la comunidad en su conjunto. Por su carácter colectivo y socializador pueden ser reconocidas también como propiedad de contenido socialista, los tipos de propiedad regulados como propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales y propiedad cooperativa.

Las organizaciones políticas, de masas y sociales son consideradas sujetos de relaciones jurídicas y en ese sentido poseen patrimonio propio, determinado este por los estatutos o reglamentos que establecen los fines que se proponen

[12] Ver: Denisov, A. y Kirichenko, M.: *Derecho Constitucional soviético*, Ediciones de lenguas extranjeras, Moscú, s/a, p. 122.

[13] Rodríguez, Carlos Rafael: "Problemas prácticos de la planificación centralizada", Revista *Comercio Exterior*, México, Vol. 30, No. 11, noviembre 1980, p. 1215.

y que se cumplimentan con sus bienes, únicos sobre los que tienen el derecho de propiedad.

Por su parte, la propiedad cooperativa recae sobre los bienes que sus miembros aportan, constituye una forma de colectivización que destina su producción no solo al beneficio de los cooperativistas, sino también al desarrollo de la producción. En la Constitución esta forma de propiedad quedó reservada de forma exclusiva a la cooperativización agrícola, imposibilitando que esta forma asociativa expandiera todas sus posibilidades en la vida social del país. En la actualidad, sin reconocimiento constitucional aún, se regula para distintas modalidades, por otras disposiciones normativas[14] como una forma avanzada y eficiente de producción socialista.

En relación con la forma de propiedad cooperativa, los fundamentos marxistas transitan por la necesaria colectivización de la propiedad en el sistema socialista. Al respecto Marx consideró que: "…si la producción cooperativa (…) ha de sustituir el sistema capitalista; si las sociedades cooperativas unidas han de regular la producción nacional con arreglo a un plan común, tomándolo bajo su control y poniendo fin a la constante anarquía y a las convulsiones periódicas, consecuencias inevitables de la producción capitalista, ¿qué será eso entonces, caballeros, más que comunismo, comunismo realizable?"[15]

Se perseguía la constitucionalización de una forma socializada de la propiedad –"…si pudiéramos organizar en cooperativas a toda la población, ya estaríamos con ambos pies en suelo socialista, pues (…) cuando los medios de producción pertenecen a la sociedad, cuando es un hecho el triunfo de la clase del proletariado sobre la burguesía, el régimen de los cooperadores cultos es el socialismo"[16]–, sin embargo, en la práctica se centró la atención en el uso, disfrute y disposición del patrimonio de la cooperativa, en detrimento de sus intrínsecos principios de funcionamiento a lo interno y a lo externo, desvirtuándose de esta forma a la figura jurídica, sin que se obtuvieran de ella, en todos los casos, los resultados esperados.[17]

En la experiencia socialista posterior a Lenin, el cooperativismo fue asumido en su sentido estrecho, como instrumento de socialización de la economía privada individual campesina y urbana. El socialismo de base cooperativa preconizado por Lenin no negaba, sino presuponía un Estado proletario fuerte que

[14] Decreto Ley No. 305 del Consejo de Estado, de fecha 15 de noviembre de 2012. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, No. 53, año 2012.

[15] Marx, Carlos: *La guerra civil en Francia*, en http://www.marxist.org/espanol/me/1870s/gcfran/guer.htm, (consultado en septiembre de 2010).

[16] Lenin, Vladimir I.: "Sobre la cooperación", en *Obras escogidas en tres tomos*, Editorial Progreso, Moscú, 1961, t. 3, pp. 778, 784 y 781.

[17] Ver: Rodríguez Musa, Orestes: *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional diferente al agropecuario*, Dykinson, S. L., Madrid, 2012, p. 48.

concentrara la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción, pero explotados por colectivos laborales en posesión colectiva.[18]

Como otra forma, se defendió teórica y jurídicamente en el constitucionalismo socialista la propiedad personal, en oposición a la propiedad privada que genera capital sobre la base del trabajo ajeno, de la explotación del hombre por el hombre. "El derecho de propiedad personal del ciudadano soviético –sostuvo Jálfina– es su derecho de poseer, utilizar y disponer de los bienes otorgados a él, como consecuencia de la distribución del producto social –principalmente en calidad de distribución según el trabajo– para satisfacer sus necesidades materiales y culturales".[19] "Así pues, el derecho de propiedad personal surge como resultado de la distribución organizada por la sociedad, de los artículos de la producción social y encarna una de las formas de satisfacción de las necesidades individuales".[20]

En la regulación del artículo 21 de la Constitución cubana confluyen la concepción soviética de la propiedad personal, reducida al ámbito del consumo, y la noción marxista de propiedad individual sobre los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar, vinculado a la producción o la prestación de servicios.

La Constitución cubana de 1976 proscribió la propiedad privada sobre los medios de producción, excepto los poseídos por los pequeños agricultores y un sector de transportistas individuales. Con la reforma de 1992, sin reconocimiento expreso, la propiedad privada individual sobre medios de producción recibe un reconocimiento elíptico[21] en el artículo 15 al admitirse, en el párrafo segundo, que los bienes socialistas pueden transmitirse a personas naturales o jurídicas –tal título de transmisión solo puede ser el de propietario privado individual–, categoría que hay que considerar a partir de aquí como constitucionalmente reconocida. El propio párrafo consigna el carácter excepcional en cuanto a la transmisión de estos bienes a personas naturales y jurídicas, y los requisitos establecidos para ello, reafirmándose que la irreversibilidad no fue eliminada de manera absoluta, se tradujo en excepcionalidad, conforme a los términos del nuevo artículo 15.

En el socialismo pueden convivir armónicamente la propiedad estatal y la propiedad privada; el reconocimiento constitucional pasado y presente, la urgencia de los reacomodos tácticos socialistas y las nuevas condiciones en las que construyen este tipo de sociedades, lo constatan. El predominio de la propiedad privada supone el predominio del capital sobre el trabajo y el predominio

[18] Ver: Figueroa Albelo, Víctor: *Economía Política de la transición al socialismo. Experiencia cubana*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2009, p. 171.
[19] Jálfina, Raísa: *El derecho de propiedad del Estado en la URSS*, Ed. Progreso, Moscú, 1981, p. 7.
[20] Ibídem.
[21] Ver: Ídem, p. 51.

del mercado sobre la sociedad. En consecuencia, en una sociedad socialista, lo primero y fundamental que debe quedar resuelto constitucionalmente es el predominio de la propiedad socialista y el establecimiento de regulaciones y límites a la propiedad privada.

La Constitución cubana reformada en 1992, regula como otra forma de propiedad la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones extranjeras que se constituyen con acuerdo a la ley, con el objetivo de fundamentar jurídicamente la inversión extranjera en la economía nacional, luego del derrumbe del campo socialista y la crisis económica en la que se vio envuelta el país.

A partir de la reforma constitucional de 1992, con el reconocimiento del carácter reversible de la propiedad estatal (artículo 15) y la inserción de la propiedad de las empresas mixtas (artículo 23), cobran mayor fuerza las relaciones monetario-mercantiles, mientras se abren nuevas interrogantes para las relaciones de planificación, las que no deben manifestarse igual ante sujetos y sectores que responden a formas de propiedad distinta. La planificación como mecanismo rector de la dirección económica se reorienta, desaparece el Plan Único de Desarrollo Económico Social y se transita hacia niveles importantes de descentralización de la planificación.

En la actualidad se experimenta una heterogenización social, tendencia que se deriva principalmente del surgimiento de un sector reconocido como informal, donde aparecen como nuevas figuras: los propietarios-empleadores, pequeños propietarios de negocios de restaurantes y cafeterías, de talleres de reparación de automóviles, y otros, vinculados con formas de propiedad diferentes. En consecuencia con ello, el sector laboral se ha dividido entre los que se vinculan laboralmente con los sectores habituales y los que trabajan en los sectores emergentes, estos últimos con nuevos métodos de estimulación del trabajo, que suponen ventajas materiales, monetarias o de otro tipo.

Algunas líneas para la reflexión en pos del perfeccionamiento de la Constitución económica cubana

El Sistema económico cubano tiene formulación constitucional socialista en cualquiera de los ámbitos objeto de análisis, en la esfera económica, en tanto la propiedad socialista prevalece sobre otras formas de propiedad, se establece la administración estatal de forma directa sobre los bienes que integran la propiedad socialista; se regula la creación de empresas estatales y la dirección y control del comercio exterior, asentado en los principios de regulación, planificación y control estatal centralizado de los medios de producción y de la actividad económica. En el ámbito político social, al regularse como garantías materiales del modelo económico, que la soberanía reside en el pueblo, del cual

dimana todo el poder del Estado (art. 3). Todo ello fundamentado en los valores y principios de justicia social, de igualdad, el bienestar individual y colectivo, la libertad política, la solidaridad humana, la legalidad y la democracia socialistas (arts. 1, 3, 10, 66 y 68).

El texto constitucional sometido a la dinámica de la vida no puede enmarcarse en normas estáticas e invariables dado que la realidad es siempre cambiante; debe existir coherencia entre las normas constitucionales, la realidad y la legislación complementaria, la cual desarrolla y viabiliza la realización de los mandatos constitucionales en la vida social. Cuba se encuentra en un momento de reformas administrativas y actualización de su modelo económico, guiadas por los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VI Congreso del PCC de abril de 2011.

En el proceso de actualización del modelo económico cubano se abre un espacio de reconfiguración de la relación Estado-Derecho y economía, en el que los conceptos jurídicos irrumpen en el debate económico de forma protagónica. En ese sentido se impone como tema estratégico, reflexionar sobre el indispensable proceso de reforma constitucional e identificar al menos en líneas generales algunos aspectos conceptuales a repensar en materia de constitución económica, que combinen la propiedad social de los medios de producción, la producción social organizada por los trabajadores con el objetivo de satisfacer necesidades individuales y colectivas; locales y nacionales.

1º ¿Será viable reconocer constitucionalmente distintos tipos de propiedad, (6 tipos), de acuerdo a los titulares de las mismas, o resulta más conveniente calificar la propiedad a partir de los diferentes regímenes jurídicos aplicables? En la actualidad confluyen en un mismo espacio, bajo el régimen de derecho público, dos regímenes de propiedad diferentes.

2º El sector emergente requiere regulación constitucional expresa, reconocimiento que puede dirigirse en función del fomento y promoción de la actividad económica de carácter privado que realiza con interés público, en tanto constituye una fuente de empleo y de generación de riquezas para toda la sociedad. Como derivación natural de lo anterior, la propiedad privada deberá contar con pronunciamientos constitucionales coherentes con el modelo.

3º La Constitución indistintamente denomina el tipo de propiedad fundamental, como propiedad socialista de todo el pueblo (art. 14) y propiedad estatal socialista de todo el pueblo (art. 15). Se impone concertar el lenguaje teniendo en cuenta el contenido esencial a garantizar y el alcance atribuible a la mencionada forma de propiedad, que en nuestra consideración debe convocar al reconocimiento de la propiedad como "propiedad social", reflejo de una mayor profundización democrática. Resulta trascendental hacer confluir el interés social con el interés estatal, lo que solo es posible alcanzar progresivamente, fortaleciendo la participación ciudadana.

4º Al amparo del socialismo pueden coexistir diferentes formas de propiedad. Lo que debe quedar claramente definido es la responsabilidad del Estado con el control, supervisión y fiscalización de los agentes (estatales y no estatales) que desarrollan su actividad en la sociedad, con el objetivo de ordenar las relaciones socioeconómicas.

5º A través del proceso de planificación habrá que potenciar la producción de alimentos y asegurar el dinamismo necesario de los sectores que pueden incrementar la riqueza económica del país: la industria, la energía y el turismo, entre otros.[22] La planificación en este nuevo contexto debe sustituir sus caracteres burocráticos por otros de esencia más democrática y articularse con el mercado.

"La sociedad a través del Estado revolucionario y de la participación social real debe solucionar paso a paso en función de mantener regulada la acción del mercado, las contradicciones entre la propiedad social y la privada, el mercado y la planificación, el interés individual y el interés social, el interés nacional y el del capital de las trasnacionales, contradicciones que pueden y deben convertirse en oportunidades para superar social y políticamente al mercado".[23]

6º No consideramos que la cooperativa deba ser entendida como una forma de propiedad. De esa manera se reduce su naturaleza jurídica al patrimonio que administra. Las cooperativas son entes asociativos que deberán extender su regulación constitucional a otros sectores y formas de gestión.

7º Hoy día el país está inmerso en cambios profundos, estratégicos, endógenos, del sistema económico. En materia de constitución económica algunos de los temas más trascendentales a debate pudieran ser: la necesidad de regular la descentralización de las empresas estatales, la legalización de la pequeña y mediana empresa, potenciar espacios asociativos empresariales y territoriales (cooperativas, asociaciones municipales, la iniciativa privada, etcétera), la cogestión y participación obrera, tendentes a reforzar proyectos sociales, y alcanzar una efectiva autonomía territorial, sobre la base de valores y alternativas más populares. Se requerirá una distribución de competencias con perspectiva descentralizadora, donde especialmente con vistas al control, pueda identificarse y exigirse la responsabilidad concreta, a la par que se garantiza el control popular efectivo de la gestión pública.

---

[22] Ver: Colectivo de Autores: ob. cit., p. 19.

[23] Machado Rodríguez, Darío: Equidad, igualdad e igualitarismo: A propósito del VII congreso del PCC. Disponible en http://api.ning.com:80/files/bGawF3RRkaeyZmyhdO7MaKftWlP8cacolNdptBhvnyzyEE8nMu2avaEdmylFiJXn7cNfB-MknvEyspo7ycGZ3*ngmtfgNZAi/RCBaez_Cubaloquevadeayerahoy.JPG?width=560 (Consultado en agosto 2015).

A nivel local el desarrollo debe partir de su potencial endógeno en función de las necesidades y características propias de cada localidad, y de principios como la autorganización, la autogestión y el autofinanciamiento, sobre bases jurídicas, económicas y políticas coherentemente definidas.

Las fortalezas del desarrollo local deben asentarse en el reconocimiento descentralizado de las propias potencialidades municipales para autodiseñarse los caminos a través de los cuales motorizar el desarrollo, a partir de las diferencias, las necesidades concretas y la participación ciudadana en la realización de programas, planes y políticas públicas.

8º Es necesario diferenciar las funciones públicas de las puramente económicas, que no es lo mismo que "separar las funciones estatales de las empresariales", lo que no es posible cuando las empresas son estatales, por la naturaleza de esas relaciones entre género y especie, para lo cual se requeriría deslindar el régimen jurídico relacionado con la administración estatal directa, del aplicable a las empresas estatales.

9º Teniendo en cuenta que la normativa vigente establece la obligación de todos a contribuir con los gastos públicos, en tanto el tributo constituye un instrumento de política económica general y ha de responder a las exigencias del desarrollo económico y social del país, resulta indispensable, en pos de la coherencia del ordenamiento jurídico, regular de forma expresa en la Ley Fundamental,[24] el deber de tributar sobre la base de los principios de generalidad, equidad, capacidad económica, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad, en correspondencia con los principios de justicia social e igualdad, de manera que se estimule el trabajo y la producción. Igualmente puede ser pertinente reconocer los fines de los tributos: recaudatorio y extrafiscal.

10º En la actualidad no están instrumentados mecanismos judiciales especiales para la protección de los derechos constitucionales. Regular soluciones a este fenómeno, tiene un impacto social que trasciende el ámbito jurídico en tanto responde a una necesidad social y al correcto funcionamiento del sistema político-jurídico del país. Propiciar vías para la defensa de los derechos constituye un instrumento de credibilidad y confianza en las estructuras estatales y políticas en la búsqueda de hegemonía, fortalezas y autorreproducción del sistema político.

11º La fórmula constitucional que proscribe la explotación del hombre por el hombre requiere una reiterpretación marxista que la dote de un contenido que dialécticamente le permita ser reflejo de una realidad diferente, mientras fundamenta la permanencia de su consagración constitucional. Puede encontrar redefiniciones en el fortalecimiento de las garantías jurídicas

[24] Estos fines y algunos de los principios se encuentran positivados en la Ley 113, pero su constitucionalización es algo importante.

constitucionales a los derechos ciudadanos, en particular de todos los derechos laborales.

Hay que concretar dónde y en cuáles dimensiones es permisible la desigualdad, cuán justificable puede ser no solo económica, sino también jurídica y éticamente. Resulta imprescindible definir el contenido y alcance del concepto de seguridad social básica. La seguridad social básica se refiere no solo al pago de las jubilaciones, la protección de las personas con discapacidad, la protección de la maternidad, la protección laboral, los ancianos sin amparo filial, los grupos vulnerables, sino también a los subsidios que se consideren necesarios y posibles en el terreno del suministro de agua, de electricidad, de alimentos básicos, de las medicinas, etcétera, y a las formas de organizar y canalizar ese subsidio.[25]

El desafío político social de base permanece centrado en cómo perfeccionar el modelo económico, de manera que resulte más justo, eficiente y participativo, sin renunciar a las conquistas sociales alcanzadas, y multiplicar a su vez en las nuevas generaciones, el compromiso con el modelo socialista. En correspondencia con ello, la prestación de los "servicios públicos básicos" debe garantizarse sobre la base de los principios de objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad, reduciéndose al mínimo las distorsiones del mercado, si se prestaren de forma compartida, aunque, desde nuestro punto de vista, su garantía más esencial continúa siendo la permanencia de los mismos bajo un régimen de Derecho público de control y regulación.

Algunas ideas conclusivas

Las Constituciones económicas socialistas, a tenor con los fundamentos marxistas, convocan a través de la formalidad técnico-legislativa a solucionar las contradicciones que se generan entre los procesos de enajenación y emancipación; entre los intereses colectivos y los privados. Muchas no lograron su realización plena en la dialéctica objetiva del proceso de producción-apropiación-reproducción de la vida social por los individuos. Los trabajadores debían de haber estado a la vanguardia del progreso social, como protagonistas del proceso productivo en su planificación, organización y ejecución.

[25] "En el socialismo, el criterio determinante para la distribución, fuera de la educación, la atención médica y la seguridad social básica, tiene que ser el aporte individual a la sociedad, es decir, la cantidad y calidad del trabajo que cada quien haga. De igual modo, la sociedad en su conjunto desarrollará sus capacidades y dispondrá de recursos y riquezas en dependencia de la capacidad y posibilidades de producción de sus integrantes". Ver: Machado Rodríguez, Darío: "Firmeza de principios y cambio de mentalidad", Periódico *Granma*, 19 de marzo de 1994, p. 3.

En las constituciones –sin dejar de ser socialistas por ello– pueden coexistir diferentes formas de propiedad. Su realización es posible si se mantiene apegada a los fundamentos marxistas, condicionada a los requerimientos propios de la intervención estatal, de manera que sea posible ordenar las relaciones sociales de producción con criterios socialistas. El Estado debe ser responsable del control, supervisión y fiscalización de los agentes no estatales que desarrollan su actividad en la sociedad, a partir de la armonización de intereses entre el sector público y la esfera privada.

"Para alcanzar armonía entre el sector público y la esfera privada dentro de los marcos del sistema socioeconómico cubano, es necesario que los diferentes sujetos que producen y se apropian en la sociedad, contribuyan directamente a la socialización de la riqueza obtenida en un ámbito de descentralización político-administrativa, donde se conjugue la intervención del Estado con la participación ciudadana".[26]

Los fundamentos marxistas del constitucionalismo socialista propenden a una lógica aún no alcanzada, en la que la dialéctica producción-distribución-consumo se caracterice por la propiedad social de los medios de producción, (diferente a la propiedad estatal) y la producción social se organice por los trabajadores, con el objetivo de alcanzar el disfrute individual y colectivo –una democracia profunda[27]–, en la cual se incremente la capacidad de las personas de autogestionarse democráticamente, a través de mecanismos participativos –medios necesarios– para alcanzar el compromiso que asegure realmente el protagonismo de los trabajadores y el desarrollo consciente de una sociedad civil socialista.

Es preciso ubicar en perspectiva política los cambios económicos en curso. Ese pensamiento que postula: "resolver primero el tema económico y después ver lo político" contiene la ingenuidad de separar la economía de la política. La única garantía de poder aspirar a mantener una orientación socialista de la economía radica en el predominio de la propiedad social sobre los medios fundamentales de producción y servicios, una legalidad que lo ampare y un Estado que la articule eficientemente, junto con una regulación colectiva de los trabajadores en cada unidad productiva o de servicios. Todo ello con el correlato ideológico de la actividad política y cultural que postule y promueva los valores humanistas del socialismo.[28]

---

[26] Pérez Martínez, Yuri: "Fundamentos jurídicos para la armonización de intereses públicos y privados en sede de alojamiento turístico en Cuba". Tesis en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2014, p. 140.

[27] Ver: Lebowitz, Michael: *El socialismo no cae del cielo. Un nuevo comienzo.* Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2009.

[28] Ver: Machado Rodríguez, Darío: *¿Es posible construir el socialismo en Cuba?*, 2da. edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2006, pp. 91-92.

Reflexiones sobre la planificación en Cuba, a propósito de la actualización del modelo económico

Lien Soto Alemán*

Introducción

Cuba actualmente atraviesa un proceso de importantes transformaciones económicas, en este contexto el incremento del papel social de los estudios es reflejo de la necesaria vinculación entre ciencia-decisión política y sociedad. No existe hoy día un espacio donde las ciencias sociales y humanísticas, con su metodología y constructos cognitivos, no contribuya a la producción científica que tanto demanda el país.

Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en abril de 2011 declaran en su primer numeral que "el sistema de planificación socialista continuará siendo la vía principal para la dirección de la economía nacional, y debe transformarse en sus aspectos *metodológicos*, *organizativos y de control*. La planificación tendrá en cuenta el mercado, influyendo sobre el mismo y considerando sus características".

En ese sentido, el artículo propone un análisis desde la perspectiva del Derecho Económico sobre la concepción, instrumentación y aplicación de la *planificación* en Cuba, con énfasis esencial en aquellos retos que en el orden organizativo, metodológico y de control plantean para la planificación las transformaciones económicas y sociales acometidas en el país.

Síntesis histórica de la planificación en Cuba

La apretada síntesis que propongo abordar sobre los antecedentes de la planificación en la Cuba revolucionaria impide remontarnos a las esencias mismas extrapoladas del modelo soviético, y el surgimiento en ese país y en otros de

* Profesora Asistente de Derecho Económico y Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Maestrante en Derecho de la Economía.

Europa del Este de este método de dirección de la economía, sin dudas insoslayable, por cuanto entraña analizar a los clásicos del marxismo y específicamente los dilemas que en el proceso han significado la incorporación de mecanismos de mercado al funcionamiento de la economía socialista sin vulnerar la conciencia de los hombres. Implicaría además analizar la conceptualización de modelo económico y las diferentes concepciones que en los sistemas económicos han adquirido los "planeamientos".

No podemos detenernos en ello, pero no podíamos menos que hacer alusión a su significación.

Con el triunfo de la Revolución se adoptaron en el país un conjunto de medidas de forma "acelerada", con toda lógica si tenemos en cuenta que era necesaria una rápida reorganización de la base económica y la superestructura política. Se crearon nuevos ministerios, instituciones y empresas consolidadas como expresión de las nuevas relaciones económicas y sociales que se iban definiendo para la sociedad. En ese contexto las nuevas formas organizativas llevaban implícita, por naturaleza, la necesidad de implementar los planes económicos como método para viabilizar el funcionamiento de la economía nacional partiendo por supuesto de las herramientas de dirección adecuadas para las estructuras de nueva creación.[1]

Para el año 1961 se aprueba el primer Plan de la Economía con horizonte temporal para el año 1962, manteniéndose la planificación anual como herramienta esencial de planificación fundamental de la economía nacional, hasta el año 1974 en que se adopta por primera vez un Plan quinquenal, aunque es menester destacar que los resultados finales del Plan 1976-80 se tomaron en cuenta para la confección de las Directivas para el Desarrollo Económico y Social, aprobadas en el I Congreso del Partido Comunista de Cuba, a pesar de no ser aprobado finalmente por no poseer pleno respaldo material y financiero.[2]

En los años iniciales de búsqueda de nuevas formas de dirección y planificación de la economía se conformaron dos concepciones, una impulsada por el Comandante Ernesto Che Guevara, conocida como *financiamiento presupuestario* y la otra basada en el *cálculo económico*, ambas se desarrollaron en los marcos del modelo de planificación centralizada, hasta inicios de la segunda mitad de la década del sesenta.

A partir de 1965 comienzan a gestarse una serie de cambios en los mecanismos de dirección, tendentes a contraer las estructuras administrativas del Estado cubano con el objetivo de dinamizar las acciones y tareas proyectadas hasta inicios de la década del setenta. Es una etapa en la cual se suprimen las relaciones de cobros y pagos entre las empresas, se incrementan las gratuidades y se elimina el sistema de contabilidad y el presupuesto.

---

[1] Echevarría, Oscar U.: "Algunas Reflexiones sobre la planificación en Cuba", Revista *Cuba Economía planificada*, Año 5, No. 1, enero-marzo 1990, p. 17.

[2] Ídem, p. 19.

Para el quinquenio 1971-75 se inicia un proceso de modificación del modelo económico y de rectificación de errores de etapas precedentes. Se reestablecen las relaciones de cobros y pagos y se fortalece la institucionalidad del aparato estatal en la gestión económica, se retoman el presupuesto y la contabilidad. En la esfera de la planificación se produce una recuperación; se restituye el trabajo en las diferentes categorías del plan, y se realizan proyecciones de mediano pazo que fortalecen el papel del plan en la coordinación de las decisiones económicas.[3]

El informe al III Congreso del partido señalaba críticamente que "uno de los problemas serios que hemos confrontado ha sido la falta de integralidad en la planificación de nuestro desarrollo económico, particularmente en la ejecución y concepción del proceso inversionista, presidido esencialmente por iniciativas sectorialistas, sin una adecuada dirección centralizada".[4]

Con la caída del campo socialista y el recrudecimiento del bloqueo económico contra Cuba por parte de los Estados Unidos, el sistema de planificación nacional sufrió necesarias modificaciones, en una primera etapa, entre el 90 y el 93 el país se centró en la reinserción en la economía mundial, el reordenamiento de las relaciones económicas externas, el ajuste económico y la concentración de las inversiones en los principales programas priorizados, entre ellos el azucarero, agroindustrial, energético y el de sustitución de importaciones. Se ha señalado con frecuencia que en los primeros años del período especial el proceso de planificación se contrajo de tal manera que el horizonte temporal se redujo a un semestre, trimestre, incluso un mes. Fue una etapa caracterizada por la apertura al funcionamiento de mecanismos de mercado y la tendencia a la descentralización, se inicia el sistema de dirección y gestión de las empresas estatales (el perfeccionamiento empresarial), y se modifican los balances materiales por los financieros. La ampliación de operadores económicos en el país marcó retos para el proceso de planificación.

Por otra parte, el sistema empresarial del país se vio obligado a funcionar de acuerdo con el contexto internacional, interactuando directamente en mercados internacionales, para cuyas relaciones fueron necesarios cambios institucionales. Surgen las sociedades mercantiles 100 % cubanas, y se promueve la creación de formas de inversión extranjeras, reguladas al amparo del Decreto Ley 50 de 1982, pero que en el nuevo escenario se vieron revitalizadas con la emisión de la Ley 77 de 1995 "Ley de Inversión Extranjera".

La reforma constitucional de julio de 1992 fue significativa en términos económicos. La redefinición del régimen de propiedad a partir del reconocimiento del carácter reversible de la propiedad estatal (artículo 15) y de la inserción de

---

[3] González Gutiérrez, A.: "Modelos económicos socialistas: Escenarios para Cuba en los años noventa", Revista *Cuba: Investigación económica*, No. 3, julio-septiembre 1995; p. 17.

[4] Informe del Comité Central del Partido Comunista de Cuba al III Congreso. Editorial DOR, La Habana, 1986, p. 136.

la propiedad de las empresas mixtas (artículo 23), sin dudas tiene un reflejo en las relaciones de planificación y en el papel del mercado. Las primeras no deben manifestarse igual ante sujetos y sectores que responden a formas de propiedad distinta, siendo diferente la vinculación al plan de aquellos. Las relaciones monetario-mercantiles cobran una mayor fuerza a partir de esta propia realidad.[5]

El paso a la planificación financiera dotó de flexibilidad a los mecanismos económicos y propició el incremento de la eficiencia y eficacia de la gestión económica en el país. El papel del mercado fue revitalizado y numerosas investigaciones desde las ciencias económicas vieron la luz.

Para el año 1996 la propia dirección de los cambios y su magnitud, visto el entorno macroeconómico en su conjunto, implicó una recomposición sustancial en lo que se refiere a los enfoques de planificación; de hecho comenzaron a introducirse, en los diseños de planificación a los niveles más agregados, técnicas vinculadas a los análisis de índole prospectivo y el diseño de escenarios factibles, que incluía los análisis de viabilidad correspondientes.[6] Es un período donde se afianza la planificación financiera y se concentra el sistema de balances materiales esencialmente en los alimentos y el combustible. Comienzan a discutirse y aprobarse por el Ministerio de Economía y Planificación "las indicaciones para la elaboración de los planes anuales".

Dada la importancia inobjetable de la planificación, en el año 2003 el Ministerio de Economía y Planificación recomienda al Ministerio de Educación Superior la reincorporación de dos asignaturas relacionadas con la planificación, para los estudiantes de Economía: Fundamentos de Planificación y Planificación Empresarial, ambas con un carácter eminentemente práctico y que aportan las herramientas necesarias para la elaboración de planes sobre bases científicas.

A partir del año 2005 se instrumentan las decisiones adoptadas por la dirección del país en el ámbito económico, se aplica la Resolución 92/04 del Banco Central de Cuba (BCC) que crea la Cuenta Única de Ingresos en divisas del Estado e implementa las autorizaciones de compras en moneda libremente convertible (MLC). Se introduce el peso cubano convertible (CUC) en las relaciones interempresariales.

En el año 2011 el VI Congreso del PCC marcó una pauta para el modelo económico cubano, dado el proceso de transformaciones económicas y sociales que se plantearon. En ese contexto se aprobaron los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, que en franco proceso de debate popular y aprobación por el pueblo han marcado el hilo conductual de

---

[5] Colectivo de Autores: *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 94.

[6] González Gutiérrez, A.: "Regulación, Plan y mercado: el caso Cuba", Revista *Cuba: Investigación económica*, No. 3, enero-marzo 1996, p.16.

las transformaciones en marcha. En ellos se ratifica el papel de la planificación en la economía cubana y su necesaria interrelación con el mercado y al respecto el numeral 1 plantea: "El sistema de planificación socialista continuará siendo la vía principal para la dirección de la economía nacional, y debe transformarse en sus aspectos metodológicos, organizativos y de control. La planificación tendrá en cuenta el mercado, influyendo sobre el mismo y considerando sus características".[7] Pero ¿cuáles son esos aspectos metodológicos, organizativos y de control que la actualización de modelo plantea deben transformarse?, sin dudas nos encontramos ante determinados retos.

Retos de la planificación en el proceso de actualización del modelo económico

El ya referido numeral 1 de los Lineamientos deja claro que la planificación como proceso debe transformarse en sus aspectos "metodológicos, organizativos y de control". El Estado en su función reguladora debe contribuir mediante el Derecho a tal fin. Comencemos por los aspectos metodológicos.

a) Necesidad de una Ley de Planificación. Vinculación planificación/presupuesto

Cuba, un país cuya economía tiene en la planificación su método esencial de dirección, no cuenta con Ley de Planificación. La normativa cubana al respecto no presenta un ordenamiento sistemático en relación con el contenido material de la planificación, son más bien orgánicos pues indican las funciones que corresponden a los órganos centrales y ramales de la planificación. Está, entonces, su contenido, indirectamente determinado en las normas que regulan la actividad de esos órganos.

El texto constitucional cubano consagra la dirección planificada de la economía y le asigna directamente al Estado la función de organizar, dirigir y controlar la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país (art. 9 y 16).

Se asigna a la Asamblea Nacional del Poder Popular, máximo órgano legislativo del país, la función de discutir y aprobar los planes nacionales de desarrollo económico y social, así como discutir y aprobar el presupuesto del Estado (art. 75).

[7] No exento el proceso de una necesaria definición mediante documento público de lo que entendemos por actualización del modelo económico y sus aspectos claves.

El presupuesto en sentido amplio es entendido como el estimado de gastos previstos por el Estado para el año presupuestario, los cuales se destinan al desarrollo económico y social del país; constituye el elemento esencial para la realización del gasto público y solo a través de este pueden efectuarse inversiones necesarias para el desarrollo económico y social. En Cuba el sistema presupuestario está integrado por el presupuesto central (el del Estado), el presupuesto para la seguridad social y los presupuestos provinciales. El presupuesto anual es aprobado mediante Ley por la Asamblea Nacional del Poder Popular, en sesión ordinaria del mes de diciembre. El Plan Económico Nacional también es aprobado por el máximo órgano legislativo. El proceso de elaboración del presupuesto es rectorado por el Ministerio de Finanzas y Precios y en proceso paralelo tiene lugar la elaboración del Plan económico en procedimiento rectorado por el Ministerio de Economía y Planificación, a partir de las propuestas que se presentan por los diferentes organismos, entidades e instituciones del país.

Pensar en una Ley orgánica del presupuesto que regule el proceso presupuestario de los organismos del sector estatal, así como en una Ley de Planificación, constituye un aspecto relevante. La conexión entre las instituciones debe ser a través de normas concretas. Más allá del carácter político la efectividad debe lograrse con la juridificación de estas relaciones, partiendo del anclaje desde el propio texto constitucional.

Las normativas deben contener las competencias y el ejercicio de las políticas públicas en los diferentes niveles del gobierno, con relación al plan de la economía nacional, los planes de desarrollo y los planes territoriales. Debe regular además los instrumentos aplicables al proceso de planificación y finanzas públicas, el régimen de responsabilidades y sanciones de los funcionarios.

b) Fundamentación científica de los planes

Otro aspecto de relevante importancia es la fundamentación científica de los planes para evaluar el nivel de desarrollo económico alcanzado. Téngase en cuenta que en el proceso de planificación es vital identificar tendencias, esclarecer y determinar problemas, proponer hipótesis como vías de solución que contribuyan a la visión integral de las proyecciones. El rango de incertidumbre consustancial a todo proceso de previsión, ya sea a corto o mediano plazo, puede paliarse con una coherente fundamentación científica y en eso el país debe continuar perfeccionándose. La ciencia debe establecer su sinergia con la sociedad y el Estado.

Por otra parte, se debe continuar propiciando la flexibilidad y dinamización del sistema de planificación. En Directivas para el Plan 2015 fueron suprimidas algunas categorías como "eventos", en expresión de la tendencia a la combinación de elementos de descentralización y centralización de nuestro modelo económico, pero se deben continuar perfeccionando las indicaciones metodológicas anuales.

c) Vinculación del sector no estatal de la economía al proceso de planificación

El numeral 2 de los Lineamientos plantea que la planificación abarcará el sistema empresarial estatal, la actividad presupuestada, las asociaciones económicas internacionales, y regulará otras formas de gestión no estatales que se apliquen, en referencia al sector cooperativo de reciente reconocimiento y el ejercicio del trabajo por cuenta propia.

El cuentapropismo en Cuba no es de reciente inclusión en el ordenamiento jurídico; ya en el año 1978, en un contexto donde el país necesitó generar empleo y a dos años de aprobada la Constitución Socialista, se emitió el Decreto Ley 14/78 que reconoció las restricciones de las empresas y unidades presupuestadas estatales para satisfacer íntegramente determinadas producciones y servicios, y aprobó el ejercicio del trabajo por cuenta propia de personas debidamente autorizadas y vinculadas a un centro de trabajo, pudiendo o no tener ayuda familiar no retribuida para ejercerlo en su tiempo libre.

Durante esta etapa, hasta adentrada la década del 90, esta figura pervivió en estrechos marcos jurídicos, con amplias limitaciones. A partir de 1990 comienzan a sentirse efectos en la economía por falta de suministros, comenzando así el conocido Período Especial, que marca un proceso de análisis y propuestas acerca de los aspectos internos de funcionamiento de la sociedad. Se replantean por la máxima dirección del país estrategias y tácticas. Este punto marca una inflexión en la actividad por cuenta propia en el entendido del cometido social que al parecer corresponde a la figura y en ese sentido se emite el Decreto-Ley No. 141, de 8 de septiembre de 1993 –el cual ratificó el ejercicio y amplió el trabajo por cuenta propia para aquellas personas con aptitudes y posibilidades para ello; asimismo dispuso la inscripción obligatoria de estos trabajadores en el Registro de Contribuyentes, previo el pago de los derechos correspondientes a dicha inscripción, y el pago del impuesto que gravó su ejercicio, consistente inicialmente en una cuota fija mensual. Con esta norma se ampliaba la regulación de esta actividad.

A partir del año 2011, como parte de la actualización del modelo económico cubano, se comienzan a otorgar un grupo de concesiones importantes a este sector de la economía, entre las que destaca lo contenido en la Resolución No. 33 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) de fecha 6 de septiembre de 2011, cuyo Reglamento amplió el rango de actuación del trabajo por cuenta propia (TPCP) y tuvo como propósito ampliar el proceso de ordenamiento y control de la figura al establecer los deberes de estos y la forma de registro a la cual deben someterse estos trabajadores. Norma que cumplió su cometido, pero fue derogada por la Resolución 41/13, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, contentiva del actual Reglamento para el ejercicio de la actividad por cuenta propia. Dicha norma dispone nuevas actividades que se pueden ejercer de forma autónoma, así como su alcance y las entidades que autorizan su ejercicio.

A estas disposiciones se han sumado otras normas que otorgan derechos a la Seguridad Social, condiciones laborales y posibilidades de contratación económica con otros sujetos de gestión, estatales o no. Entre las normas para la contratación económica de este sector tenemos la Instrucción No. 7 del Ministro de Economía y planificación emitida en el propio año 2011, el Decreto ley 304 "Normas Básicas para la contratación económica" y el Decreto 310 "De los contratos en especie", ambos del 2012.[8]

La proyección entorno a la vinculación del sector no estatal al proceso de planificación es un desafío si tenemos en cuenta las deficiencias que aún presenta la propia planificación en el sector estatal. ¿Cómo efectivamente lograr que estas nuevas formas se integren al proceso? ¿Cómo regularlo? Una vía posible es a través de los pedidos estatales y el proceso de contratación económica, lo que para el sector estatal se conoce como "encargo estatal". Las producciones del sector no estatal pueden planificadamente contratarse, diseñarse en términos de plazos de entrega, estrategias y objetivos económicos y sociales a fin de tensar esfuerzos y dar coherencia a la estrategia nacional que se aplica para la recuperación y desarrollo de la economía nacional, desde un diseño integral que armonice a todos los sujetos de la economía con independencia del sector y del régimen de propiedad al que pertenezcan.

Ya en relación con los aspectos organizativos a que se refieren los Lineamientos, los objetivos deben orientarse a:

a) Fomentar la iniciativa en la colectividad de la base del tejido empresarial en el país.
b) Fomentar la correspondencia entre los objetivos a cumplir por el sistema empresarial y los objetivos de desarrollo socioeconómico a nivel territorial, de ahí la integralidad que tanto se demanda.
c) Fortalecer la disciplina de los organismos en el cumplimiento del proceso de planificación y del Plan una vez aprobado.

[8] En el año 2011 se emitió la Resolución No. 101, de 18 de noviembre de 2011 del Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba (BBC), estableciendo las Normas Bancarias para los Cobros y Pagos, con el objetivo de reglamentar la ejecución de los cobros y pagos que se deriven de una relación contractual. Por otra parte, la Resolución 12 del año 2013 del BCC modifica el Artículo 24 de la Resolución 101 del BCC al disponer que podrán ejecutarse pagos en pesos convertibles a las personas naturales por parte de las personas jurídicas cubanas en los casos regulados por el MEP, para los que se utilizarán los instrumentos de pagos y títulos distintos del dinero en efectivo, definidos en el Capítulo II de la citada Resolución 101, aplicando los rangos de valores del Artículo 16 de la propia resolución.
A su vez, la Resolución 87/2014 del BCC modificó el Artículo 22 de la mencionada Resolución 101 a los efectos de que las cooperativas no agropecuarias puedan recibir pagos en pesos cubanos y en pesos convertibles por parte de las personas jurídicas nacionales, según la moneda en que están autorizadas a operar.

En relación a los aspectos de control que se deben transformar, puntualizar lo siguiente:

> Cuba se encuentra hoy en un proceso de elaboración de la contabilidad gubernamental. El Ministerio de Economía y Planificación (MEP) emite indicadores y clasificadores en relación al plan; sin embargo, sin contabilidad uniforme, unido a la dualidad monetaria se complejizan las acciones de control sobre la planificación. Se trabaja arduamente en la armonización de los sistemas contables que una vez alcanzado fortalecería el papel de la Contraloría General de la República (CGR) como fiscalizador del cumplimiento de los planes económicos y el presupuesto de la nación. El momento es oportuno si tenemos en cuenta que se ha decretado una política para la separación de funciones estatales de las empresariales, por lo que el otorgamiento de mayores facultades autonómicas a las empresas en los marcos del plan demanda un mayor control de los planes empresariales y su correcta articulación y ejecución en relación al plan nacional de la economía.

Ideas conclusivas

El siglo XX introdujo una disciplina que marcaría un antes y un después en la gestión pública: la planificación. Ella ha aportado valiosas herramientas e instrumentos al juego social, aunque no ha estado exenta de severas críticas. Está presente en todos los sistemas económicos, aunque sin dudas es el socialismo donde se erige como método de dirección económica.

En Cuba la planificación permite la jerarquización de objetivos y la modificación de la base productiva ya que a través de lo que se produce los objetivos estratégicos pueden moverse, por ejemplo, hacia la industria o los servicios. Las proyecciones de los Lineamientos deben perfeccionar el sistema de planificación en el país; sin embargo, cada uno de los aspectos metodológicos, organizativos y de control a perfeccionar implican transformaciones que irradian a todos los agentes económicos reconocidos, estatales o privados.

Las transformaciones planteadas demandan un redimensionamiento del sistema de planificación de forma íntegra. Partir de la necesidad de la emisión de una Ley de Planificación, capaz de integrar la planificación y el presupuesto mediante conexiones técnicas y legales, más allá de políticas, y de la vinculación del sector privado al proceso. El protagonismo de la planificación en Cuba debe lograrse con la emisión de una Ley general que en lo metodológico rompa con la dispersión normativa relativa a este instrumento a tono con los presupuestos constitucionales y los contenidos que a futuro deben modificarse del texto constitucional.

Estos aspectos metodológicos se complementarían con los organizativos y de control. Lograr una planificación más participativa, desde el tejido de base, más objetiva en sus proyecciones, más integral en sus contenidos, y más prospectiva en su diseño, constituyen tópicos que no deben esperar. La actualización del modelo económico se articula desde el cumplimiento mismo de los fundamentos económicos y sociales de nuestro sistema económico, por lo que el papel del Estado como fiscalizador, controlador y ordenador de los procesos económicos, debe contribuir a perfilar los contornos certeros del sistema de planificación.

El actual proceso demanda de un sistema de planificación diferente, capaz de diseñar el desarrollo futuro del país, demanda iniciativa y creatividad. Debe tener en cuenta de manera real y efectiva los problemas estructurales de la economía cubana. El Plan debe ser capaz de asumir la heterogeneidad socioeconómica del país como un reto mucho más riguroso que en períodos anteriores.

Políticas públicas para el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación. Una mirada desde el contexto cubano actual

Marta Moreno Cruz*

Introducción

En el mundo moderno la ciencia, la tecnología y la innovación constituyen pilares incuestionables del desarrollo económico y social de cualquier país. No se puede hablar de un verdadero crecimiento económico y desarrollo social sin reconocer que el conocimiento y sus resultados directos aplicados, son fuente esencial de las ventajas competitivas de las empresas a nivel internacional.

Se está viviendo, desde hace algún tiempo, la transición de las economías industriales a las economías fundadas en el saber, una manera de indicar que todos los modos de formación del valor se encuentran asociados por el empleo constante de innovaciones tanto tecnológicas como organizativas. Así las economías no están basadas única ni principalmente en la acumulación de capital físico y materias primas, sino en la producción permanente del conocimiento.[1]

A esto se une el fenómeno globalizador de la economía y las brechas cada vez más significativas entre los países desarrollados, los subdesarrollados y en vías de desarrollo. Se requiere a su vez un gran capital financiero y monetario para garantizar ser puntero en el área de la innovación y quienes logran estos resultados creativos los protegen a través de los mecanismos establecidos en materia de propiedad intelectual para garantizar la exclusividad en su uso y afianzar sus posiciones monopólicas. Es de significar a su vez que los acuerdos internacionales en materia económica, incluidos los integracionistas, siempre reservan un espacio para regular las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual en el sentido de, por una parte, afianzar los derechos de los titulares, y por otra, garantizar que el ejercicio de tales derechos no se convierta en barreras no arancelarias al comercio y a la libre circulación de las mercancías.

Ante ello los Estados requieren formular políticas públicas en esta área de la innovación, la ciencia y la tecnología que propicien, por una parte, el desarrollo de las mismas, como factor clave para el desarrollo productivo y tecnológico y, por otra, garanticen el acceso y apropiación social de este conocimiento y su introducción en la práctica social. Al respecto la Comisión Económica para

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Económico y Propiedad Industrial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe: *Desarrollo de la industria regional de software en América Latina y el Caribe: Consideraciones y propuestas*, Caracas, SELA, 2009, p. 9.

América Latina y el Caribe (CEPAL) señala: "la inserción exitosa de un país en la economía global depende cada vez más de sus capacidades científicas y tecnológicas y de su habilidad para introducir y adoptar nuevos procesos y productos; por ello, saber diseñar y sobre todo implementar las políticas que moldean estos procesos cobra una relevancia creciente en las estrategias de desarrollo de cada país. Las políticas de ciencia, tecnología e innovación que sientan las bases para la generación de capacidades endógenas en esas áreas, deberían ir de la mano de las políticas que apuntan al fortalecimiento de los actores que participan en el proceso innovador, por ende las políticas de ciencia, tecnología e innovación tienen una relación muy estrecha con las políticas de desarrollo productivo e industrial".[2]

En este sentido el presente artículo pretende analizar a nivel macro las esferas claves de la política en este campo, así como sus contenidos básicos y cómo se expresan en Cuba, a partir de la actualización del modelo económico y social del país.

Contenido de las políticas públicas en materia de innovación, ciencia y tecnología. Breves reflexiones

Queremos iniciar reseñando lo señalado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en esta dimensión.

Las políticas públicas se refieren al conjunto de objetivos, líneas de acción e instrumentos que el Estado formula y ejecuta para apoyar la generación y difusión de capacidades científicas, tecnológicas y de innovación en la economía. En general, estas políticas se sustentan en planes estratégicos donde se identifican las líneas directrices, las prioridades y los recursos para su implementación. Son instrumentos de política científica, tecnológica y de innovación los fondos de apoyo a la inversión en investigación y desarrollo y en actividades de ciencia y tecnología, los parques tecnológicos, los incentivos fiscales directos e indirectos, los consorcios de investigación y el capital de riesgo, entre otros.[3]

Un punto de marcada connotación en esta esfera es el hecho de que no se pueden uniformar las políticas de los diferentes países, pues los contextos culturales, sociales, económicos y políticos son diferentes. Por ello, los modelos de políticas públicas en este campo pueden servir de referencia y patrón para contextualizarlos a un país determinado, sus áreas claves pueden coincidir, pero el contenido de la política y las medidas de implementación que las respaldan, de hecho son diferentes.

---

[2] Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): *Espacios iberoamericanos. La economía del conocimiento*, Santiago, Naciones Unidas, 2008, p. 131.

[3] CEPAL: ob. cit., p. 131.

Consideramos que las áreas claves de política en este campo deben ser las siguientes:

1. Definición de las áreas priorizadas para direccionar las investigaciones.
2. Inversión en investigación, desarrollo e innovación.
3. Formación de capital humano.
4. Institucionalidad.
5. Legislación adecuada.
6. Promoción a la investigación.
7. Protección, gestión y defensa de los derechos de propiedad intelectual.
8. Control de la transferencia de tecnología.
9. Política de competencia y defensa de los derechos de los consumidores.
10. Estímulo a la creación e innovación.
11. Adaptación de las políticas internas al contexto internacional.

Analicemos de forma breve cada una de estas áreas de interés.

Definición de las áreas para encauzar las investigaciones

Cada país, a partir de las realidades económicas, su potencial productivo y monetario, sus características geográficas, sus fortalezas en el capital intelectual y las capacidades infraestructurales en materia tecnológica, deberá determinar las esferas a las que deberán dirigirse los recursos humanos, las inversiones y el capital financiero para el desarrollo de las principales investigaciones.

Por supuesto que el área de las ciencias básicas y naturales es relevante en cualquier país. La investigación aplicada requiere ser complementada con la básica para garantizar investigaciones de alta calidad, sostenibles y fundamentadas científicamente. Sin embargo, se debe tener claridad de la dirección de la investigación científica y de los recursos para lograr concentrar esfuerzos en aquellas áreas que son relevantes, tienen impacto nacional e internacional y existen las experiencias, habilidades y experticias suficientes para alcanzar resultados y competitividad. Sin rumbo claro no hay resultados. El Estado debe concentrarse en lo estratégico, posible y realizable con éxitos.

Inversión en investigación, desarrollo e innovación

Deberá determinarse la fuente de aprovisionamiento de los fondos para el desarrollo de las investigaciones, si son de carácter público, a partir de asignaciones presupuestarias o privadas, así como la necesidad de realizar alianzas estratégicas con empresas o instituciones para garantizar el acceso a dichos fondos. En este punto resulta muy importante el fomento de proyectos de investigación científico-técnicos a nivel nacional e internacional, los cuales deberán respaldarse de forma legal a través de contratos para obtener dichos fondos

y compartir los resultados. Cobra relevancia el papel de las universidades y centros de investigación en la realización de estos proyectos para garantizar el financiamiento requerido para fomentar la ciencia y sus resultados.

Es necesario dilucidar sobre todo en los países en vías de desarrollo si la innovación va encaminada al proceso de adoptar o adaptar nuevas tecnologías o formas de comercialización, o por el contrario se orienta a crear nuevas tecnologías o procesos.

Formación de capital humano

Consideramos que el factor humano no constituye un recurso, por el contrario resulta ser el eje central del proceso innovativo, por ello la educación y la formación del capital humano se convierten en un elemento central dentro de las políticas en esta materia.

Incluye la calidad de los sistemas educacionales y de las instituciones de enseñanza, los diseños de programas de estudio y de carreras universitarias en consonancia con las necesidades del país en el plano también de la innovación; el montaje orgánico y calificado de una enseñanza continua y especializada a nivel postgraduado, la colaboración internacional bien planificada con universidades y centros de investigación a nivel internacional.

En esta misma línea, la política debe referirse a la creación de capacidades para el desarrollo de la investigación aplicada y la preparación de recursos humanos competitivos y con excelencia a nivel mundial.

Se requiere asimismo complementar los avances en la producción científica con actividades investigativas orientadas a la innovación tecnológica.

Institucionalidad

Nos referimos en este punto a la existencia de formas organizativas bien diseñadas y respaldadas legalmente para la gestión de la ciencia, a los efectos de garantizar el cumplimiento efectivo de los objetivos de dichas instituciones.

Incluye a nuestro juicio la definición clara del funcionamiento y reglamentación legal de las empresas de alta tecnología, de los centros de investigación científica y las unidades de innovación y desarrollo, por solo mencionar algunas de las formas de gestión que pueden ser adoptadas.

Mención especial requiere la necesidad de diseñar en el marco de las universidades la existencia de incubadoras de empresas, el funcionamiento de los parques tecnológicos, las oficinas de transferencias de los resultados de la investigación o núcleos de innovación tecnológica que garanticen el vínculo permanente de las universidades con la industria y el sector productivo nacional e internacional, a los efectos de diseñar y encauzar las investigaciones, en función de las necesidades reales, así como para la aplicación práctica e introducción

social de los resultados alcanzados en el marco de dichas instituciones académicas.

El marco institucional consideramos que no solo se circunscribe a las formas institucionales de gestionar la ciencia y como ya mencionamos en el punto anterior, las que garantizan la capacitación del factor humano, sino también resulta prioritario el fortalecimiento de las oficinales registrales de los derechos de propiedad industrial derivados de la creación científica. El marco organizativo institucional y el reconocimiento legal de dichas oficinas será un eje esencial para garantizar la concesión acertada de los derechos intelectuales en consonancia con las políticas que estimulen la innovación tecnológica en función del desarrollo social.

Legislación adecuada

Se necesita la existencia de un marco normativo que reglamente la creación y funcionamiento de las entidades que gestionan la ciencia y unido a ello la existencia de normas en materia de propiedad industrial, especialmente en el ámbito de las patentes, que constituyan un estímulo a la creatividad y la innovación tecnológica y no un freno al desarrollo de las mismas.

Merece especial atención destacar el cambio importante de la propiedad industrial a partir de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y con ella el Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual vinculados con el Comercio (ADPIC). El ADPIC establece estándares mínimos que deben observar los países signatarios en su legislación interna en materia de propiedad industrial de forma obligatoria. Si bien con anterioridad a este Acuerdo los países estaban facultados a legislar en esta materia, en dependencia de su desarrollo industrial, tecnológico, comercial y cultural,[4] la aparición de dicho Acuerdo tiene como objetivo central uniformar a escala internacional la protección de la propiedad industrial a favor de los países más desarrollados, los cuales son titulares mayormente de los derechos de patentes a escala internacional. Claro que hablamos del derecho de patentes, pues es el más vinculado a la innovación tecnológica, objeto de nuestro trabajo, pero tales principios son de aplicación al resto de las modalidades en materia de PI.

Consideramos que uniformar en extremo a nivel internacional la materia de propiedad intelectual resulta muy negativo para los países en vías de desarrollo,

[4] El Convenio de París de 1883 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en materia de propiedad industrial concede, a diferencia del ADPIC, libertad a los Estados para reglamentar cuestiones en materia de Derecho de Patentes relacionadas con los sectores objeto de protección, la duración de las patentes y los derechos exclusivos de los titulares, por solo mencionar algunos, lo cual se limita de forma notoria con la suscripción del Acuerdo ADPIC por todos los países integrantes de la OMC.

pues como ya apuntamos se requiere legislar en esta materia en función de las necesidades de desarrollo.

En tal sentido los Estados a la hora de legislar en este campo deberán analizar de forma minuciosa las flexibilidades del Acuerdo ADPIC en materia de exclusión de sectores objeto de protección por la vía de las patentes, las limitaciones al ejercicio de los derechos de los titulares como pueden ser las licencias obligatorias y el agotamiento de los derechos y en la esfera de la observancia de los mismos, todo ello con el objetivo de no fortalecer de forma indiscriminada los derechos de los titulares y crear posiciones monopólicas en extremo nefastas para el desarrollo y el estímulo a la creación. Unido a ello consideramos que deben aplicarse y regularse procedimientos rigurosos de concesión de los derechos que incluyan exámenes tanto de forma como de fondo que tributen a la concesión de títulos exclusivos cuando realmente las innovaciones son novedosas y tienen una altura inventiva; en adición los terceros deben cada vez más hacer uso de las oposiciones durante la realización de dicho procedimiento con el fin de oponerse cuando consideran que las solicitudes de patentes no reúnen los requisitos exigidos en las normas.

Todo ello con el fin de que las políticas y normativas en materia de propiedad industrial logren el justo equilibrio entre el estímulo a la creación e investigación científica y la garantía al acceso y la difusión del conocimiento científico y tecnológico. En tal sentido resulta acertado citar al especialista Correa cuando señala:[5] "Los países en desarrollo deberían crear sistemas de patentes que tengan en cuenta sus circunstancias económicas y sociales particulares. Tanto las oficinas de patentes como los cuerpos legislativos de los países en desarrollo necesitan ser plenamente conscientes del impacto comercial y social de los enfoques que siguen a la hora de idear y poner en práctica sus políticas de patentes".

Promoción a la investigación

Nos referimos en este acápite a la necesidad de crear estímulos financieros y fiscales que incentiven y promuevan la innovación tecnológica. Entre los mecanismos de financiamiento podemos destacar la creación de incubadoras de empresas, los créditos preferenciales para el desarrollo de la investigación, los aportes de capital público y privado para la realización de proyectos de investigación a través de la interacción entre entidades públicas y privadas, el estímulo a la inversión extranjera en los sectores vinculados a la ciencia y la tecnología.

---

[5] Correa, Carlos: "Propiedad intelectual y derecho de la competencia: explorando algunos temas de relevancia para los países en desarrollo", en *Propiedad Intelectual y Desarrollo Sostenible, Issue Paper*, No. 21, Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development, octubre, 2007, p. 282.

Asimismo es dable destacar los beneficios fiscales, los subsidios o financiamientos estatales para los costos incurridos en etapas iniciales de las actividades de innovación, los incentivos tributarios para apoyar el gasto en investigación y desarrollo por parte de empresas, los subsidios para la creación de parques tecnológicos y la creación y reconocimiento de empresas de innovación.

Protección, gestión y defensa de los derechos de propiedad intelectual

En el acápite precedente vinculado a la legislación hicimos referencia al tema de la propiedad industrial, pero como ya señalamos fue en el ámbito normativo, significando que la propiedad industrial no puede convertirse en un freno para el acceso al conocimiento y la innovación, al contrario, debe ser un estímulo y difusión del mismo. Esto es esencial sobre todo en áreas sensibles como la salud, agricultura y alimentación.

En este punto debemos destacar preferentemente la necesidad de que los organismos, instituciones, empresas y centros de investigación tengan establecido un sistema propio para garantizar la debida, protección, gestión y defensa de los derechos de propiedad industrial.

De forma especial en el tema de las invenciones, modalidad de la propiedad industrial más vinculada a la esfera de la innovación tecnológica, las entidades deben evaluar aspectos importantes como el momento de la publicación de los resultados, la conveniencia de proteger por la vía de las patentes o el secreto, el uso de la información de patentes, tanto para iniciar las investigaciones, como a la hora de proteger y comercializar los resultados, la vigilancia oportuna para garantizar el mantenimiento de los derechos adquiridos, la explotación económica de las patentes y las vías contractuales más indicadas para comercializar estos derechos, la oportuna defensa de los derechos adquiridos en los territorios donde se goza de protección, la concertación de contratos que amparen los proyectos de investigación científico técnicos y en los cuales se incluyan cláusulas de propiedad industrial, fundamentalmente para definir la titularidad de los resultados conjuntos y en los casos pertinentes los acuerdos de cotitularidad para definir el registro, ejercicio y defensa de los derechos por ambos titulares.

Control de la transferencia de tecnología. Política de competencia

La elaboración de una estrategia nacional en relación con la transferencia de tecnología es crucial, pues de ella podrían derivar políticas públicas con una visión a largo plazo, capaces de organizar los esfuerzos necesarios mediante las alianzas entre el sector público (a través de las universidades, comunidades científicas, centros tecnológicos) y el sector privado, con el objetivo de diseñar y ejecutar los correspondientes programas, los cuales tendrán entre sus

distintos elementos un factor clave: nuevos esquemas de inserción en el mercado mundial, con insistencia en la generación y gestión de la innovación.[6]

En relación con el control de los procesos de transferencia de tecnología en los últimos años se observa un proceso de desregulación de la materia, la protección de los mismos se efectúa por lo general a través de las normas de defensa de la competencia. Los contratos vinculados a los derechos de propiedad industrial generalmente no se encuentran tipificados en el ordenamiento legal de los diferentes países y su control se realiza a través de la autorización o control previo de algunos, por organismos responsabilizados, la anotación de los contratos en las oficinas registrales de propiedad industrial y la determinación de la nulidad de las cláusulas restrictivas de estos contratos que afectan las regulaciones de la competencia o que constituyen prácticas abusivas que menoscaban el principio de igualdad de las relaciones contractuales.

Política de competencia y defensa de los derechos de los consumidores

La innovación y la tecnología como ya hemos expresado se protegen fundamentalmente a través de la propiedad intelectual. Los derechos de los titulares de las diferentes modalidades constituyen monopolios legales temporales en los territorios donde se detentan los mismos, ello es reconocido legalmente; sin embargo, lo que no debe ser permitido es el abuso de esa posición de dominio, lo cual se corrige a través de las normas de defensa de la competencia. En tal sentido se pronuncia el Artículo 40 del Acuerdo ADPIC de la OMC,[7] de forma tal que los miembros de dicho Acuerdo deberán adoptar las medidas necesarias para controlar el ejercicio de dichas prácticas anticompetitivas.

Al respecto destaca Mamani Wilson: "En conclusión el derecho de PI no puede diseñarse y aplicarse de manera aislada de otras disciplinas jurídicas, principalmente del derecho de la competencia, por ello, para lograr el equilibrio pertinente entre ambas áreas, se requiere una diversidad de políticas y regímenes. Para alcanzar políticas públicas efectivas de competencia en materia de PI,

---

[6] Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe: *La protección de los conocimientos tradicionales, las expresiones culturales tradicionales (folclore) y los recursos genéticos conexos: Enfoque desde el SELA*, Caracas, SELA, 2009, p. 47.

[7] Artículo 40.1 Los Miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.
Artículo 40.2 Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad industrial que tengan un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente (…).

se deben tener ciertos elementos que son importantes: el establecimiento de políticas públicas conforme a los requerimientos necesarios para evitar prácticas anticompetitivas, una legislación que limite los efectos anticompetitivos derivados de la PI, un marco institucional sólido, así como suficientes recursos humanos y financieros".[8]

Consideramos necesario potenciar la correcta regulación de la defensa de la competencia vinculada a la PI, toda vez que como analizamos en el acápite anterior, también el control de los procesos de transferencia de tecnología y por ende de los contratos vinculados al licenciamiento o cesión de los derechos de PI se somete en el mundo moderno a las legislaciones de defensa de la competencia.

A su vez ello facilita el equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los potenciales competidores; pues a través de las normas de competencia se protege no solo al mercado y a los empresarios, sino también y de manera sustancial al público consumidor.

No queremos finalizar este acápite sin citar lo definido por Carlos Correa cuando aseveró: "Dada la escasez, falta de legislación o la débil implementación o ausencia de políticas que traten la relación Propiedad Industrial-Competencia en los países en desarrollo, un enfoque de política de competencia puede ser particularmente útil para garantizar un ejercicio pro-competitivo de los derechos de propiedad industrial".[9]

Estímulo a la creación y a la innovación

Nos referimos en este acápite a la necesidad de que los creadores, investigadores y en general autores de los resultados inventivos tengan la motivación y estímulo necesarios para garantizar la creación. La labor intelectual requiere condiciones de trabajo apropiadas a la naturaleza de esta actividad; los investigadores a la vez que deben poseer los recursos necesarios en el orden material y financiero, infraestructura, equipos y laboratorios equipados, requieren un clima laboral digno, concentrarse en su labor intelectual y saber que a partir de sus resultados creativos tendrán la remuneración correspondiente para garantizar sus condiciones de vida.

Como ya hemos significado, hoy día las creaciones cada vez más se producen a nivel de empresas e instituciones, los resultados son colectivos y por ello predominan las invenciones laborales, en las cuales son los empleadores los titulares de los derechos intelectuales. En la mayoría de los países la política,

---

[8] Wilson, Mamani Prieto: "Los cambios de política en materia de propiedad intelectual en la CAN. De un régimen común a un régimen sui géneris", Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Cátedra Brasil/Comunidad Andina, Corporación Editora Nacional, Quito, 2013. ISBN 978-9978-19-601-4, p. 33.

[9] Correa, Carlos: ob. cit., p. 5.

expresada en las correspondientes normativas, tiende a que los autores sean contratados laboralmente y reciban el salario correspondiente por la labor investigativa realizada; en otras, si el resultado fuese excepcional obtienen una retribución complementaria a partir de lo que obtenga la empresa por la explotación de la invención.

En otros países se estipula que en el caso de las invenciones laborales los autores reciben beneficios económicos adicionales al salario por la explotación económica de la creación. La empresa al recibir los dividendos por la explotación de la invención, debe destinar una parte a los autores, el resto se destina a cubrir los gastos de investigación, a los registros y otros gastos necesarios para el mantenimiento de los derechos intelectuales, a los departamentos docentes y científicos y a las oficinas de transferencia tecnológica, según la política y normativa especial vigente.

Adaptación de las políticas internas al contexto internacional

Ya hemos definido que el conocimiento no tiene fronteras nacionales, se universaliza desde su creación y protección. Por ello en la medida que ha avanzado el proceso de globalización y la internacionalización de los mercados, los países han tratado de homogenizar los estándares de protección a nivel internacional de las creaciones intelectuales. Resultado de ello son los acuerdos bilaterales y multilaterales en materia comercial que acogen como parte ineludible de su contenido, regulaciones en materia de propiedad industrial; por otra parte, también son referencia en este sentido los múltiples tratados internacionales suscritos en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en cada una de las modalidades en materia de protección internacional, clasificaciones internacionales y otros elementos sustantivos. Ya destacamos además el Acuerdo ADPIC a nivel de la OMC, ejemplo claro del triunfo de la globalización y el multilateralismo en esta esfera que se extiende hasta el espacio de solución de controversias entre Estados. Asimismo van apareciendo títulos de protección supranacionales como puede ser la marca comunitaria a nivel de la Unión Europea, tendencia que tiende a generalizarse a otras modalidades como las invenciones, con el objetivo de no compartimentar los mercados.

Solo hemos querido puntualizar lo anterior a los efectos de dejar sentado que los países, a la hora de definir sus políticas en materia de innovación tecnológica y sus normativas internas que las respaldan y aseguran, requieren evaluar el contexto internacional definido, determinar los convenios suscritos por cada nación y las obligaciones dimanantes de los mismos, a partir de la supremacía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Análisis del estado de las políticas públicas en materia de ciencia, tecnología e innovación en la actualidad cubana

Es reconocida a nivel internacional la atención priorizada que en todo el período revolucionario ha concedido el Estado cubano al desarrollo de la educación y la ciencia. Este postulado se consagra constitucionalmente y tiene plena virtualidad y reconocimiento.[10]

La política educacional trazada por la Revolución desde sus inicios ha conducido a situar el conocimiento y las investigaciones en función del desarrollo socioeconómico del país. Con ese pensamiento a largo plazo, en los años 60 nuestro Comandante en Jefe planteó como un anhelo, que el futuro de nuestra patria tendría que ser necesariamente un futuro de hombres de ciencia y de pensamiento.

Posteriormente en el año 1993 sentenció: "Las ciencias y las producciones de la ciencia, deben ocupar algún día el primer lugar de la economía nacional. Pero partiendo de los escasos recursos, sobre todo de los recursos energéticos que tenemos en nuestro país, tenemos que desarrollar las producciones de la inteligencia, y ese es nuestro lugar en el mundo, no habrá otro; todas estas que se derivan del esfuerzo que estamos haciendo en las investigaciones y en los productos de las investigaciones, porque en eso podemos competir con japoneses, alemanes y todos, con quienes sean".[11]

Si analizamos hoy día los resultados de la industria farmacéutica y biotecnológica cubana y su contribución al desarrollo económico del país, al estar aportando por concepto de venta de productos con valor agregado y licenciamiento de tecnología sumas impresionantes que la hacen ocupar lugares cimeros en la economía nacional, podemos aseverar la valía de esta afirmación del Comandante en Jefe. Por solo señalar un ejemplo, BIOCUBAFARMA, organización superior de dirección empresarial que une la industria farmacéutica con los centros del polo científico, como tradicionalmente se conocen, tiene más de 1800 patentes concedidas en alrededor de 50 países del mundo y es accionista de varias empresas mixtas en el exterior. Por ello además es uno de los sectores que se potencia en la cartera de oportunidades para la promoción de la inversión extranjera en el país, con preferencia en la Zona Especial de Desarrollo Mariel, con políticas sectoriales bien definidas.

---

[10] Ver Artículos 9 y 39 en sus incisos e y f del texto de la Constitución de la República de Cuba de 1976. Se postula que el Estado estimula y viabiliza la investigación y prioriza la dirigida a resolver los problemas que atañen al interés de la sociedad y al beneficio del pueblo, así como que el Estado propicia que los trabajadores se incorporen a la labor científica y al desarrollo de la ciencia.

[11] Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en la Inauguración del Centro de Biofísica Médica de la Universidad de Oriente, 10 de febrero de 1993.

En el año 2011 se aprueban a nivel de la Asamblea Nacional del Poder Popular los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, los que de forma especial definen la política del país y partir de los cuales se realiza los que hemos nombrado "actualización del modelo económico y social cubano". Los numerales 129 al 138 de dichos lineamientos se refieren a la Política de Ciencia, Tecnología, Innovación y Medio Ambiente y el 228 a la materia de propiedad industrial.

Un análisis de los lineamientos nos conduce a definir como líneas rectoras, a partir de las cuales se van a determinar las políticas en esta materia y las normativas jurídicas que las respalden, las siguientes:

1. Definición de los sectores clave para el desarrollo de las investigaciones. Entre ellos se destacan la biotecnología, la producción médico-farmacéutica, la industria del software, el proceso de informatización de la sociedad, las ciencias básicas, las ciencias naturales, empleo de fuentes de energías renovables, la transferencia tecnológica industrial y los servicios científicos tecnológicos de alto valor agregado.
2. Perfeccionamiento de las condiciones organizativas, jurídicas e institucionales para establecer tipos de organización económica que garanticen la combinación de la investigación científica e innovación tecnológica, desarrollo rápido y eficaz de nuevos productos y servicios, su producción eficiente con estándares de calidad apropiados y la gestión comercializadora interna y exportadora, que se revierta en un aporte a la sociedad y estimular la reproducción del ciclo. De forma especial extender estos conceptos a las universidades.
3. Perfeccionamiento del marco regulatorio.
4. Garantizar la apropiación social de la ciencia, o sea propiciar la introducción sistemática y acelerada de los resultados de la innovación y la tecnología en los procesos productivos y de servicios.
5. Gestión integrada y efectiva del sector de ciencia, tecnología, innovación y medio ambiente.
6. Definición de una política de propiedad industrial y transferencia tecnológica.
7. Garantizar la soberanía tecnológica del país en áreas estratégicas. La política tecnológica debe contribuir al desarrollo industrial de la nación.
8. Formación y capacitación permanente del personal técnico para acometer las investigaciones y de los cuadros calificados en sectores estratégicos.
9. Definir vías para el estímulo a la creatividad de los colectivos laborales y de los propios creadores o investigadores.

Analizaremos a continuación qué se ha logrado hasta el momento en Cuba en esta materia a partir de la implementación gradual de los lineamientos ya definidos.

No queremos iniciar sin ofrecer nuestras consideraciones relacionadas con el fundamento constitucional de esta actividad, toda vez que conocemos que

nos encontramos enfrascados en un proceso de reformas a nuestra Constitución actual. Estamos convencidos de que se encuentra respaldada constitucionalmente la libertad de creación en todas las áreas y la promoción, estímulo y respaldo del Estado cubano a la actividad educacional, científica, técnica y cultural del país.[12] Sin embargo, consideramos que ello no es suficiente para alcanzar e impulsar las políticas en estas áreas, unido a eso debe existir un reconocimiento expreso al incentivo y a la protección de los resultados investigativos, científicos y creativos en general.

Por estas razones debe establecerse que se reconoce a las personas naturales y jurídicas los derechos morales y patrimoniales derivados de la creación intelectual conforme a la ley y a los tratados internacionales. En esta misma línea significar que los derechos adquiridos se ejercen en correspondencia con las políticas públicas en materia tecnológica, industrial, comercial, de salud, agroalimentaria, cultural y social del país. El fundamento de esta limitación lo constituye el hecho clave de que la propiedad intelectual no se convierta en un freno para el acceso al conocimiento y la innovación, al contrario, debe ser un estímulo para la creación y difusión de dicho conocimiento y ese debe ser el mandato constitucional.

Aún no se encuentra aprobada la política integral del Sistema de Ciencia, Innovación y Tecnología en el país. Sin embargo, ya se aprobó la política sobre reestructuración de los centros de investigación científico-técnica y la política en materia de propiedad industrial.

En relación con la reestructuración de las entidades vinculadas a la actividad científico-técnica fue aprobado en el año 2014 el Decreto ley 323 "De las entidades de la ciencia, tecnología e innovación". Dicha norma tiene como objetivo definir las disposiciones relacionadas con la organización y funcionamiento de las entidades en esta esfera. Se consideran como entidades los centros de investigación, centros de servicios científico-técnicos y unidades de desarrollo e innovación. Asimismo, dispone los requisitos, características y principios de funcionamiento de dichas entidades.

Los centros de investigación tienen como misión fundamental la investigación científica y la innovación y pueden además prestar servicios científico-tecnológicos con valor agregado, así como efectuar producciones especializadas. Pueden ser autofinanciados, como puede ser la empresa de ciencia y técnica, presupuestados con tratamiento especial y de forma excepcional totalmente presupuestados.

Por su parte los centros de servicios científico-tecnológicos tienen como fin la prestación de dichos servicios y pueden efectuar en función de los mismos, producciones especializadas e investigaciones. Operan bajo el régimen de autofinanciamiento.

---

[12] Ver Artículos 9 y 39 en sus incisos ch, e y f de la Constitución de la República de Cuba del año 1976.

Por último, las unidades de desarrollo e innovación se crean en cualquier empresa, unidad presupuestada u otra organización con el fin de desarrollar o innovar a los efectos de agregar valor a los bienes, servicios y procesos que ofrezca. Pueden servir de interfase con los centros de investigación o de servicios científicos y tecnológicos, universidades u otras instituciones que se requiera, para dar respuesta a las demandas de sus producciones o servicios. Son autofinanciadas, presupuestadas con tratamiento especial y de forma excepcional totalmente presupuestadas.

Adicionalmente se dictó la resolución 164/2014 del CITMA que puso en vigor el Reglamento para la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, la Resolución 165/2014 del propio organismo que dispone el Reglamento para el Consejo Científico de dichas entidades y la Resolución 166/2014 del CITMA que norma lo relativo al Fondo Financiero de Ciencia e Innovación.

En el caso de las universidades cubanas, las cuales representan después de los centros de investigaciones del Polo Científico, la mayor fuente de creación intelectual, o sea las máximas generadoras de conocimientos científicos en Cuba, avalado ello por la cantidad de patentes concedidas a nivel nacional; se ha propuesto la realización de experimentos para ir transitando hacia nuevas formas de gestión de la ciencia que permitan de forma autofinanciada el desarrollo de nuevas investigaciones, toda vez que las asignaciones presupuestarias son insuficientes para la continuidad y sostenibilidad de las investigaciones científicas en este contexto.

Por otra parte se efectúan alianzas estratégicas con centros de investigación científicos nacionales e internacionales, a partir de proyectos de colaboración científico-técnicos respaldados contractualmente y se pactan cláusulas en materia de propiedad intelectual a los efectos de preservar la titularidad sobre las creaciones en los casos procedentes.

Se estudia la posibilidad y conveniencia de la creación de incubadoras de empresas y parques tecnológicos, a los efectos de dinamizar las investigaciones y su introducción en la economía.

Para garantizar tales efectos se crean Oficinas de Transferencia de los Resultados de Investigación Científica (OTRI)[13] en determinadas universidades, en correspondencia con el nivel de resultados investigativos, que tienen la función de constituir una interfase entre la ciencia universitaria y las empresas nacionales y extranjeras, a los efectos de direccionar las investigaciones a lo

[13] En la Universidad de La Habana (UH), a través de la Resolución Rectoral 318/1997, surge la OTRI, la cual tiene como tarea principal gestionar, asesorar y facilitar la introducción de los resultados de la investigación científica de la UH, protegiéndolos convenientemente y asegurando la obtención de mayores beneficios. Actualmente en proceso de consolidación estructural y funcional a los efectos de garantizar la calidad de su gestión. No en todas las universidades cubanas existe esta estructura.

que realmente tiene utilidad y conveniencia social y por otra parte a garantizar la explotación económica de las patentes y la comercialización de los resultados científicos y de los productos derivados de la ciencia.

En materia de propiedad intelectual, el Ministerio de Educación Superior (MES) ha definido lineamientos generales para la definición de sistemas internos de gestión de la PI en el marco de las universidades cubanas. Ya algunas universidades tiene aprobado este sistema interno de PI[14] y consideramos que ello debe irse extendiendo de forma progresiva, para garantizar una debida creación, protección, gestión y comercialización de los resultados científicos universitarios.

En diciembre de 2014 fue aprobada la política en materia de propiedad industrial por el Consejo de Ministros. Los elementos fundamentales que caracterizan dicha política son:

- La necesidad de integrar la política de propiedad industrial a las políticas públicas y de desarrollo nacional a los efectos de promover la innovación, la transferencia de tecnología, la inversión y el comercio.
- El alcance de la protección por la vía de la propiedad industrial y las normativas que las refrendan deben tener el objetivo de garantizar el equilibrio entre el necesario reconocimiento y estímulo a los creadores y el acceso social al conocimiento. Se requiere salvaguardar el interés público encaminado a garantizar el desarrollo científico, tecnológico y socioeconómico del país. Constituyen áreas priorizadas la salud pública y la nutrición de la población.
- Garantizar el estímulo a los creadores y titulares de los derechos para afianzar el proceso investigativo de forma permanente.
- Perfeccionamiento del sistema interno de propiedad industrial en los organismos, empresas, universidades y centros de investigación científica con el objetivo de garantizar la debida protección y comercialización de los derechos de PI.
- Garantizar la institucionalidad del sistema desde la Oficina Cubana de Propiedad Industrial, los organismos y demás entidades.
- Formación sistemática de los recursos humanos y creación de capacidades.
- Definición de nuevas normas jurídicas para completar la plataforma normativa en el área.
- El uso de la información legal, tecnológica y comercial de propiedad industrial en la toma de decisiones para la búsqueda de soluciones técnicas, la protección, explotación, transferencia y comercialización de resultados científicos y tecnológicos, así como para la evaluación de proyectos de inversión y colaboración.

[14] En la UH la Resolución Rectoral 137/2015 puso en vigor el Sistema Interno de Propiedad Industrial y crea un grupo especializado de PI que forma parte de la estructura de la OTRI.

- Definición de que los acuerdos internacionales que suscriba nuestro país, tanto en la esfera de propiedad industrial como otros vinculados con esta materia, no rebasen los estándares mínimos de protección establecidos en el ADPIC o socaven las flexibilidades del mismo, las cuales se encuentran incorporadas a nuestra normativa interna.

Analicemos algunos de estos elementos:

Perfeccionamiento del sistema interno de propiedad industrial

En esta esfera deberá institucionalizarse la propiedad industrial en los organismos y demás entidades a los efectos de la organización y control de esta actividad en todos los niveles. Si bien existe la Resolución 21/2002 del CITMA que establece la obligatoriedad de tener establecido este sistema, en la práctica ello no se cumple debidamente y donde existe en muchas ocasiones es formal y no se instrumenta ni controla de forma efectiva. Consideramos que existen cuestiones básicas que deben establecerse en el sistema y controlarse, entre ellas:

- Establecer vínculos entre los centros de investigación, universidades y las empresas para explotar los derechos de propiedad industrial y cerrar ciclos de investigación, desarrollo e innovación.
- Cumplimiento de los marcos normativos nacionales e internacionales.
- Vínculos sistemáticos entre áreas claves en las empresas: investigación, desarrollo, economía, asesoría legal, producción y comercialización.
- Definición precisa de las estrategias para la debida protección y gestión de las diferentes modalidades de la PI.
- Determinación de las variantes de comercialización de los derechos de PI y la manera de proceder para determinar la forma más conveniente a aplicar.
- Valuación de los activos intangibles de la entidad de forma permanente.
- Control de dichos activos intangibles para evitar la caducidad de los derechos y la vigilancia para definir la violación de los mismos y en los casos procedentes ejercitar las acciones para la defensa de tales derechos exclusivos.
- Se deberán planificar en cada entidad los recursos necesarios para la protección legal, mantenimiento y defensa de los derechos de PI en Cuba y en el extranjero, así como para la realización de los registros sanitarios en los casos necesarios.

Propiedad industrial e inversión extranjera

Como conocemos, uno de los principales objetivos que persigue la inversión extranjera en nuestro país es la adquisición de tecnología, la cual en muchas ocasiones goza de protección a través de las modalidades de la PI. Por otra parte los productos son comercializables utilizando signos distintivos, los cuales deben ser debidamente determinados y protegidos. La nueva normativa en materia de inversión extranjera define como aportaciones no dinerarias los derechos de propiedad intelectual, así como determina la forma de valuar dichos derechos para su aportación al negocio internacional.

En esta materia se remite a la legislación vigente y a lo definido por las partes en los documentos constitutivos. En el convenio de asociación o en el contrato de asociación económica internacional debe quedar bien refrendado, entre otras cuestiones, el tipo de aporte, su valoración, cómo protegerlo y gestionarlo durante la vigencia del contrato y el destino de los mismos a la hora de liquidar la empresa o dar por terminado el contrato.

Es de destacar que en correspondencia con el artículo 57 de la ley 118/2014 y la Resolución 129 del MINCEX, cuando en un contrato de asociación económica internacional se aporten derechos de propiedad industrial, la propuesta de dicho contrato deberá ser analizada por la Oficina Cubana de Propiedad Industrial quien deberá dictaminarlo de forma positiva para que proceda el negocio.[15]

Control de la transferencia tecnológica

En nuestro país no existe una normativa especial en materia de transferencia de tecnología ni una regulación típica de los contratos a partir de los cuales se comercializan los derechos de propiedad industrial. Sin embargo, sí se efectúa un control estatal sobre esta materia, fundamentalmente a través de las siguientes vías:

- Aprobación de los contratos en materia de transferencia de tecnología vinculados a la inversión nacional, la inversión extranjera y los proyectos de colaboración científico-técnica, operando un proceso de control previo de los mismos para su autorización.

[15] Art. 57 de la Ley 118/2014. El MINCEX presenta a la consideración del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) la propuesta de inversión que reciba; este último evalúa su factibilidad tecnológica y las medidas para la protección y gestión de la propiedad intelectual necesarias para garantizar la soberanía tecnológica del país.
La Resolución 129 del MINCEX establece las bases metodológicas para la presentación de oportunidades de inversión extranjera y elaboración de los estudios de factibilidad y dentro de ellas establece dentro del contenido de la fundamentación técnico-económica lo relativo a la propiedad intelectual y la transferencia de tecnología.

- Se consideran nulas las cláusulas abusivas o restrictivas de la competencia que se incorporen a estos contratos.[16]
- Se requiere, conforme a las normativas sustantivas vigentes en materia de propiedad industrial, la anotación de los contratos de licencias de invenciones, modelos de utilidad, diseños industriales y marcas en la oficina registral para que surtan efectos jurídicos ante terceros. Dicha oficina para anotar dichos contratos deberá evaluar que no causen perjuicios a la economía nacional o no vayan en contra de la legalidad, cuestión esta que debe ser perfeccionada, pues en muchas ocasiones no se efectúa tal cual se encuentra regulado.

Regulación de la competencia

Hoy día hay un reconocimiento del mercado en nuestro país, no obstante, aún no existe una regulación de la defensa de la competencia ni de la represión de la competencia desleal. No es este el objeto del trabajo, solo referirnos de forma sucinta a su vínculo en materia de propiedad industrial. Consideramos que un sistema institucional sólido en materia de competencia puede contribuir a corregir las falencias o distorsiones del mercado en su vínculo con los derechos de propiedad industrial, al poder contrarrestar el ejercicio abusivo de estos derechos y evitar prácticas anticompetitivas en esta materia, que limiten de manera injustificada el comercio o redunden en detrimento de la transferencia de tecnología. Asimismo, se podrá evitar la inclusión de cláusulas restrictivas en los contratos de comercialización de los derechos de propiedad industrial, como ya analizamos de forma precedente. Por solo señalar un ejemplo, el Decreto ley 290 de 2012 que regula en Cuba las invenciones, modelos de utilidad y modelos y dibujos industriales, establece que una de las causales que puede dar lugar a la concesión de licencias obligatorias en materia de invenciones pueden ser las prácticas anticompetitivas del titular de los derechos, sin embargo nos

[16] El Decreto ley 304 de 2012 "De la contratación económica" en su artículo 4.2 dispone que son nulas las cláusulas abusivas en las que se obligue a una de las partes a someterse a condiciones gravosas o desproporcionadas, y que sean el resultado de una imposición de la otra parte derivada de su posicionamiento privilegiado en la relación.
Los artículos 184 y 185 del Decreto ley 168/1983 disponen las cláusulas restrictivas de la competencia que no deben ser incorporadas en los contratos de comercialización de los derechos de propiedad industrial. En proceso de elaboración una norma que regula los contratos en materia de PI, la cual definirá con mayor precisión lo relativo a las cláusulas restrictivas en estos tipos de contratos y derogará los artículos 184 y 185, los únicos que actualmente se mantiene vigentes del citado cuerpo normativo.

preguntamos: si en nuestro país no existe como tal una regulación de la defensa de la competencia, ¿quién definirá si el actuar del titular es anticompetitivo?[17]

En materia de competencia desleal si bien se producen prácticas desleales en el mercado cubano actual como los actos de imitación fraudulenta de signos distintivos y los actos de engaño y confusión de los consumidores, no contamos aún con una normativa que de forma especial reprima tales conductas.[18]

Estímulo a los creadores

Importante resulta lo definido en el artículo11 del Decreto ley 290/2012 que regula lo relativo a la titularidad de las invenciones en ocasión de relación jurídica laboral. En los supuestos allí definidos si bien la titularidad del derecho le corresponde a la entidad, los autores e inventores tienen derecho a obtener, además de los estímulos morales por la creación, un porciento de los beneficios económicos que se obtengan por la explotación de dicha invención.[19]

Las administraciones de las diferentes entidades serán las competentes para, basadas en las directivas generales de la resolución del CITMA, definir el procedimiento interno para el pago de las remuneraciones y hacerlo efectivo en cada supuesto.

Además de lo definido de forma precedente consideramos que Cuba, en materia de políticas públicas para el apoyo a la ciencia, tecnología e innovación, deberá continuar evaluando, a los efectos de su aplicación más extensiva o implementación sucesiva, algunos otros postulados como pueden ser:

1. Debe generalizarse de forma progresiva la aplicación del autofinanciamiento de los gastos para el apoyo a la actividad científica y a la innovación en las entidades de ciencia, tecnología e innovación. Unido a ello, deberán buscarse por diferentes mecanismos, como pueden ser los proyectos internacionales y otras actividades de colaboración, fondos para el apoyo a la I+D+i.
2. Debe aplicarse de forma progresiva un nuevo sistema integral de gestión de la ciencia, el cual deberá abarcar no solo a las entidades de ciencia, tecnología e innovación, sino también a las universidades cubanas.

---

[17] Ver Artículo 53.1 inciso h del Decreto ley 290/2012 "De las Invenciones y Modelos y Dibujos Industriales".

[18] En proceso de elaboración una nueva normativa sobre la protección contra las prácticas desleales en materia de propiedad industrial. De forma especial se protege el uso no autorizado de la información no divulgada, y de los datos de pruebas necesarios para autorizar la comercialización de un producto farmacéutico o químico para la agricultura así los actos regulados en el Artículo 10 bis del Convenio de París de 1883, del cual Cuba es signataria desde 1904.

[19] Existe un proyecto de resolución del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA) que regula los procedimientos para la remuneración a inventores, autores y obtentores de las nuevas variedades vegetales.

3. Especial referencia merece la necesidad de evaluar la prudencia de otorgar subsidios a los costos incurridos en etapas iniciales de las actividades de innovación a los efectos de garantizar el logro de los resultados esperados.
4. Evaluar la ampliación de los incentivos tributarios para apoyar el gasto en investigación y desarrollo por parte de las empresas y centros de investigación.
5. De sumo interés resulta la definición de los principios de funcionamiento de las empresas de base tecnológica en el país y en general de las empresas de innovación, que consideramos deberán tener regulaciones especiales para su organización y desarrollo.
6. Determinación de incentivos adicionales para el logro de la introducción de nuevos productos y procesos al mercado.
7. Aplicación en casos procedentes de créditos para el desarrollo de la actividad científica y garantizar su aplicación social.

Conclusiones

Resulta un imperativo en la sociedad moderna nombrada por muchos especialistas como "la sociedad del conocimiento" la atención prioritaria a las políticas que garantizan el desarrollo de la ciencia, la tecnología y la innovación. Los Estados deberán conceptualizar y definir estas políticas teniendo en cuenta el nivel de desarrollo científico, tecnológico, cultural y social de sus pueblos, para que las mismas sean efectivas y realizables.

Un estudio de las políticas públicas en diferentes países en esta área nos conduce a concluir que los Estados enfocan sus políticas de forma mayoritaria en los siguientes ejes principales: inversión en investigación, desarrollo e innovación, formación de capital humano, definición de un marco institucional y regulatorio acorde a sus intereses y necesidades, promoción directa a la investigación aplicada, estímulo a los creadores y autores, correcta protección, gestión y comercialización de los derechos de propiedad industrial, control de la transferencia de tecnología y política de competencia.

En Cuba siempre ha sido un requerimiento insoslayable el reconocimiento y promoción de la actividad científica e investigativa, lo cual se ha potenciado en el proceso actual de implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. Se requiere la definición clara de una Política de Ciencia, Tecnología e Innovación en el país, a partir de los citados lineamientos en esta esfera, en la que conocemos se trabaja actualmente.

El país ya exhibe una política en materia de propiedad industrial y un ordenamiento legal coherente en función de la misma, que deberá ser completado a partir de la promulgación próximamente de las nuevas normas jurídicas, a las cuales hemos hecho referencia en el desarrollo del trabajo. No obstante

creemos que en esta materia aún es un imperativo atemperar la observancia de los derechos de los titulares de las diferentes modalidades de la propiedad industrial a nuestras condiciones actuales; para ello debemos evaluar la correspondencia entre las regulaciones sustantivas actuales en materia de propiedad industrial, las normas procesales vigentes en el orden civil y administrativo y la norma penal, a los efectos de determinar las posibles y necesarias modificaciones en el orden legal.

Se requiere asimismo un seguimiento y valoración permanente del proceso de aportación de la tecnología en los procesos de inversión extranjera, a los efectos de garantizar la soberanía tecnológica de la nación. Especial interés debe mostrarse en esta área a la ampliación del intercambio comercial con los diferentes países en esferas muy relacionadas con las investigaciones científicas y las industrias punteras en el desarrollo tecnológico como la industria médico-farmacéutica y biotecnológica. Asimismo requiere prioridad en este campo evaluar los efectos del levantamiento del bloqueo con los Estados Unidos, toda vez que un grupo de empresas norteamericanas ostentan en Cuba derechos de propiedad industrial, de forma significativa en materia de signos distintivos y además en materia de patentes, en áreas claves de nuestro desarrollo científico.

Por último, puntualizar la necesidad de definir en Cuba las bases, principios y respaldo normativo de las empresas de base tecnológica, por el papel que las mismas tendrán en el futuro del desarrollo económico y social del país.

As concessões administrativas: ensaio sobre o papel do Estado como regulador do setor privado no Brasil e em Cuba

Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega*

A concessão de serviço público é o instituto de referência das reflexões indicadas a seguir. O motivo da pesquisa está na investigação das vicissitudes do aludido instrumento de outorga típico do Estado capitalista no regime socialista cubano.

A obra do professor Andry Matilla[1] se constitui como provocação inicial dessa incursão. Por meio dela verifca-se que as concessões cubanas introduzidas a partir da segunda metade do século XIX foram extintas no período pós-revolucionário, sendo o instituto resgatado nos anos 1990 com a indicação de características que adaptam a concessão de serviço público ao modo de produção socialista cubano.

O primeiro ponto que salta aos olhos é o fato de que tanto em Cuba como no Brasil a concessão de serviço público é instituto dialético. Ou seja, o Poder Público faz movimentos de generosa abertura para o setor privado num primeiro momento, mas durante o século vinte há um tempo dominado pela eliminação e/ou escasseamento dessa prática e em seguida uma retomada com a reordenação das características da outorga.

Vejamos então essas nuances na história das concessões cubanas e brasileiras:

Em Cuba, as concessões de serviço público no século XIX decorrem de fatores análogos aqueles que indicam o despontar do instituto no Brasil e na América Latina como todo. A idéia de subsidiariedade[2] é dominante quando utilizado o instituto, ou seja, o Estado atribui a execução de serviços públicos ao setor privado porque possui recursos financeiros escassos e não domina o *know how* necessário para implantar a infraestrutura necessária a realização

---

* Mestre e Doutora em Direito, Professora Universitária e advogada.

1 Matilla Correa, Andry: *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Editora Universitária, Havana, 2009.

2 A subsidiariedade consiste na supressão de uma deficiência relativa a concretização de fins que a Lei permite que sejam supridos por um terceiro. Torres, Silvia Faber: *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 350.

de empreendimentos que estão arraigados ao desenvolvimento de atividades econômicas relevantes.

A história das concessões cubanas possa por momentos de extrema retração, no período subsequente à revolução, com as nacionalizações do setor produtivo, então nas mãos do empresariado estrangeiro, sobretudo norte-americano. Nesse país a Revolução de 1959 se constitui como evento decisivo para romper com a história padrão dos países da América de colonização ibérica, pois a implantação do regime socialista determinaria, em princípio a extinção do instituto jurídico descortinado nessa pesquisa.

O Brasil e seus vizinhos na América do Sul vivenciaram movimentos de estatização do serviço público, mas jamais romperam com o modo de produção capitalista, diferentemente de Cuba que implanta o socialismo, abolindo os meios privados de produção, o que gera a estatização, inclusive, da atividade econômica. No Brasil, no final do século XIX e sobretudo no início do século XX, o padrão de concessões de porte expressivo, era, com a transferência do exercício de serviços como ferrovias, telégrafos, portos, produção de energia elétrica para empresas privadas, sobretudo de origem inglesa.[3] Essa tendência viria a reverter-se a partir da "revolução de trinta", e o decorrente início do período de Getúlio Vargas no Poder, quando houve sensível mudança no papel do Estado frente à economia, com a nacionalização dos serviços ferroviários e a criação de pessoas jurídicas estatais para exploração de ferrovias, portos, energia elétrica, infraestrutura em geral e até atividades diretamente econômicas como a exploração da navegação de cabotagem e, sobretudo, a construção da primeira siderúrgica de expressão, no Brasil –a Usina de Volta Redonda, inicialmente explorada por uma autarquia, posteriormente extinta, com a criação da sociedade de economia mista– companhia siderúrgica Nacional, que viria a ser "privatizada" nos anos noventa, juntamente com a maior mineradora constituída pelo Estado brasileiro –a Companhia Vale do Rio Doce.

No modelo socialista, com a estatização dos meios de produção, em princípio, a concessão de serviço público se perfaz absolutamente incongruente por dois motivos: em primeiro lugar, no regime socialista o serviço público é conduzido diretamente pela potestade pública, já que movimentos de centralização administrativas são inerentes ao sistema político enunciado; em segundo lugar, a extinção da iniciativa privada elimina um ator obrigatório da outorga, qual seja, o outorgado. Essa linha de argumentação, excessivamente teórica, cai por terra ante a necessidade, pragmática, em certas circunstâncias, de captação de tecnologia que o Estado não é detentor.

Reflexões sobre esse tema, da epígrafe do professor Andry Matilla servem para puxar o gatilho da arma empunhada para essa investigação. Nesse ponto

[3] Poder-se-iam citar como exemplos: a Great Western of Brazil Railway Company, explorando por concessão as ferrovias do Nordeste Brasileiro; a Pernambuco Tramway, dentre tantas outras.

Francisco Carrera Jústiz é referido no seguinte trecho: "De modo que una concesión tan prudente, bien equivale a la socialización del servicio público".[4]

De fato, o serviço público adequado,[5] passível de concretizar direitos fundamentais do seu destinatário são necessariamente aqueles que demandam a intervenção direta do Poder Público. Essa premissa é totalmente aceitável se parte da reflexão de um professor de direito administrativo liberal num Estado capitalista com uma ordem social estruturada, forte e coesa, mas essa é a provocação de abertura do trabalho de um administrativista do socialismo, tomado por suas convicções pessoais absolutamente socialistas.

A priori essa revelação poderia ser paradoxal, mas não é, pois, os desafios do Estado de Direito não delimitam uma fronteira precisa entre o capitalismo de base social-democrática e o socialismo da reengenharia política contemporânea. Existe uma questão fundamental que se constitui como pano de fundo do debate sobre o serviço público, qual seja a satisfação de necessidades fundamentais para a promoção da cidadania, e é por isso que o Estado precisa encontrar o caminho da eficiência e abandonar o debate ideológico tosco.

É lamentável observar que a discussão em torna que questiona a execução indireta do serviço público seja utilizada para panfletagem política em período eleitoral, sempre com frases de efeito contra a privatização, quando a questão fundamental não é quem está executando o serviço, mas qual o modelo de regulação e como o Estado deve se manter tutor do mercado e servo do cidadão.

A história das concessões cubanas é marcada por extremos e seus acontecimentos são relevantes para aguçar essa meditação sobre a desconstrução da demonização do setor privado. Com base no registro pormenorizado do professor Andry Matilla observamos por volta de cento e cinquenta anos na estrada das concessões de serviço público em Cuba, subdivididas em quatro etapas.

Na primeira etapa, que se inicia em 1958, as concessões são fundadas com a outorga das ferrovias e na sequência até o início do século XX se apresentam os demais seguimentos: minas, águas, aproveitamento florestal, exploração de outros bens de domínio público, como aquedutos, telégrafos, telefonia, energia elétrica, etc. Nesse período o que prepondera é o interesse privado já que a regulação do Poder Público é afrouxada por interesses econômicos externos. Apesar disso, cada atividade atribuída ao setor privado, por meio de concessão, se pauta em legislação específica –traço característico do modelo de concessão em Cuba, que possui ordenamento jurídico plurinormativo.[6]

---

[4] Francisco Carrera Jústiz *apud* Matilla Correa, Andry: ob. cit., p. 6.

[5] De acordo com o artigo 6º da Lei 8.987/1995 vejamos o conceito de serviço público adequado: "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

[6] Matilla Correa, Andry: ob. cit., 2009.

Na segunda etapa, de janeiro de 1959 até abril de 1961, se apresenta um tempo de ruptura em Cuba, pois a revolução socialista marca o despontar de profundas mudanças políticas, econômicas e sociais, que nesse período, se apresentam a partir de um processo de adaptação já que o novo regime exige a construção de um ordenamento jurídico que a priori não está ponto. É por isso que a concessão de serviço público subsiste nesse tempo.

Decerto é possível deduzir que o recém-nascido governo socialista não dispunha de ferramentas para provisionar diretamente necessidades coletivas associadas aos serviços concedidos, no tempo marcado pela transição revolucionária, por isso muitas concessões outorgadas no período anterior foram mantidas e outras novas concessões foram outorgadas nesse período.

Trata-se de tempo de acomodação para as mudanças marcado por dois objetivos, quais sejam: redefinir o ordenamento jurídico e redefinir o modelo de gestão direta de bens e serviços públicos que logo retornaram às mãos de instituições públicas. É importante ressaltar que parte dos recursos necessários para melhorar a qualidade de vida dos cubanos deriva do processo de estatização realizado nesse momento de tomada pós-revolucionária.[7]

Na terceira etapa que vai de abril de 1961 a fevereiro de 1992 o governo cubano começa a construção de um modelo de sociedade socialista, que se caracteriza pela assunção de medidas de estatização contundentes, que vão diminuir significativamente a presença de particulares na gestão de serviços públicos e atividades econômicas, pois o objetivo do governo cubano é a execução direta nas áreas de atuação aludidas.

Tal cenário político foi decisivo para o xeque mate das concessões, pois tal instituto se posicionava em rota de colisão contra o regime político estabelecido, ou seja, não guardava correspondência com a concepção do modelo de gestão adotado em Cuba, pois neste não havia espaço para a participação de particulares, no desempenho de atividades voltadas ao lucro. Nesse contexto, a extinção das concessões de serviço público supõe uma espécie de supressão que Andry Matilla resume no seguinte texto: "Las concesiones administrativas perdieron utilidad porque no respondían, como figura jurídica, a las nacientes expectativas socialistas".[8]

As concessões de serviço público em Cuba foram adormecidas por trinta anos e assim o Estado centralizou os meios de produção e o provisionamento dos serviços até o início dos anos 1990. Apesar dos avanços sociais conquistados na segunda metade do século XX, forte crise econômica que tomará de assalto o povo cubano, e a necessidade de adaptar a gestão pública levará o governo a promover uma reforma constitucional em 1992 passível de redefinir o conceito de propriedade estatal para permitir o casamento do socialismo com os investimentos privados tão necessários naquele momento.

---

[7] Ídem, pp. 27-51.

[8] Matilla Correa, Andry: ob. cit., p. 58.

Com essa abertura constitucional, a legislação ordinária passa a disciplinar uma regulação referente as concessões administrativas que compatibiliza investimentos privados em engenhos que não deixam de ser conduzidos pelo Estado. Assim empresas privadas podem investir recursos em empresas mistas, que continuam controladas pela potestade pública, podendo receber outorgas em campos de atividades variadas, como na produção de açúcar, meios de transporte, manufaturas, etc.[9]

É possível observar histórias diferentes quando nos remetemos as concessões brasileiras e as concessões cubanas, porque o Brasil não vivenciou uma revolução socialista no século XX, razão pela qual o instituto das concessões administrativas não é banido do nosso ordenamento jurídico.

Podemos, contudo, observar algumas nuances capazes de aproximar histórias tão distintas, pois no Brasil verificamos o seguinte: a) as concessões também são fruto de uma intervenção econômica do Estado, que favorece lucro do setor privado; b) as concessões não são extintas no Estado Novo, mas o esvaziamento dessa prática administrativa é notório; c) a ideal em torno de uma regulação apropriada para a promoção do interesse público é o prato do dia servido na mesa dos cubanos e dos brasileiros do nosso tempo. Para esclarecer as congruências e incongruências dos modelos nos dois países, vejamos a histórias das concessões no Brasil.

No Brasil as primeiras concessões de serviço público também são realizadas no século XIX. A intervenção do setor privado não era uma opção do governo de Dom Pedro II, pois o Estado não possui os recursos materiais, humanos e *know how* para implantar a malha ferroviária, que seria fundamental para exportação do café –principal produto da economia brasileira e também do açúcar. Mas antes disso a expressão "concessão" é referida pela legislação do Brasil Colônia a partir de 1808.

A partir de 1828, por meio de decreto imperial Dom Pedro I concede a implantação do serviço público de iluminação e gás da cidade do Rio de Janeiro realizando a primeira concessão voltada a prestação de um serviço públicos e nos anos subsequentes teremos em 1850 a primeira concessão de ônibus e em 1952 a primeira concessão ferroviária.[10]

São raros os registros dogmáticos sobre as concessões na primeira república (período que vi até 1930) pois a Constituição de 1891 não alterou o perfil neoliberal das concessões brasileiras. Sob a égide de normas republicanas –inicialmente com os decretos 849, 862 as concessões continuam sendo deflagradas sem nenhum critério de seleção das instituições privadas concessionárias. Além do setor de transportes, cabe destaque para eletricidade e serviços urbanos.

---

[9] Ídem, pp. 62-64.

[10] Marques Neto, Floriano de Azevedo: *Concessões*, Fórum, Belo Horizonte, 2015, pp. 76-81.

Durante o Estado Novo, nos anos 1930 Getúlio Vargas promove a encampação de vários contratos de concessão de serviço público e apesar do instituto persistir, em nosso ordenamento jurídico, é possível perceber um recuo de foro político no uso dessa estratégia de descentralização administrativa. A ruptura está anunciada pela Constituição de 1934 que afirmava a centralização de competências do Estado.[11] Observe-se que a Constituição de 1934 veio a prever a edição de um relevante diploma legal –*a lei geral de concessões*– esse diploma, entretanto só viria a surgir em 1995, a lei 8.985, editada no governo Fernando Henrique Cardoso como instrumento de garantia do marco regulatório para as pessoas jurídicas que pretendiam habilitar-se no projeto de desestatização então em curso.

A Constituição de 1946 manteve a previsão de hipótese de atividades prestacionais serem realizadas em regime de concessão. Nessa perspectiva a execução provada de serviço público poderia acontecer nos seguintes seguimentos: telégrafos, radiocomunicações, radiodifusão, telefonia não local (ligações interurbanas e internacionais), navegação aérea e serviço ferroviário. Dois setores se destacam pela realização de novos processos de concessões de serviço público. Ainda não é o tempo da primazia das concessões.[12]

Com o golpe militar em 1964, o Decreto-Lei 200/1967 associa a eficiência da Administração Pública a expansão da Administração Indireta, instituindo o princípio da descentralização. Nesse contexto os anos 1970 e 1980 presenciam a expansão das empresas públicas e sociedades de economia mista, o que indica um movimento de redução das concessões administrativas que vai perdurar até os anos 1990.[13] Tal não significa que muitas das empresas estatais criadas (sociedades de economia mista e empresas públicas) não fossem também concessionárias. Nessa situação de empresas estatais concessionárias, encontravam-se inúmeras das pessoas jurídicas criadas.[14]

A constituição Federal de 1988 menciona a outorga de serviço público com base em dois dispositivos: artigo 21 XI, XII e 175 *caput*. De fato, o instituto já secular no nosso ordenamento jurídico persiste vivo com a timidez imposta por monopólios públicos indicados no texto da nossa carta política antes da reforma gerencial do Estado.

---

[11] Masagão, Mário: *Natureza Jurídica da concessão de serviço público*, Livraria Acadêmica, São Paulo, s. a., p. 100.

[12] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.

[13] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.

[14] Na área ferroviária: a Rede Ferroviária Federal S.A; na área portuária a PORTOBRÁS; na área de correios e telégrafos a empresa Brasileira de Correios e Telegrafos (ECT); na área das telecomunicações a TELEBRÁS, e todas as subsidiárias, A Embratel; na área de produção e transmissão de energia elétrica – a Eletrobrás e suas subsidiárias, como a CHESF, A Eletronorte dentre outras.

Dois elementos são, no entanto, decisivos para redimensionar as relações do setor privado com a Administração Pública brasileira, quais sejam a edição das leis 8.987/1995 e 9.491/1997. A primeira norma cumpre o papel sedimentar o instituto e a segurança jurídica das outorgas já que desde a Constituição de 1934 não há um regime jurídico balizador das concessões administrativas. Referências jurídicas relevantes podem ser citadas com a previsão do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e indenização na hipótese de encampação tanto para concessionárias como para permissionárias.

A Lei 9.491/1997 por impor ao Estado a reordenação de seu papel junto a economia definindo parâmetros para a concretização do texto do artigo 173 da Constituição Federal. Nessa norma o legislador prevê que a concessão de serviço público é um mecanismo de desestatização legítimo e é com base nessa Lei que as privatizações do setor de energia e telecomunicações dão ensejo a edição de dezenas de contratos de concessão.[15]

Quando as concessões já se constituíam como estratégia de gestão bem evidenciada na prática da nossa Administração Pública a Lei 11.079/2004 cria duas novas modalidades de concessão de serviço público, quais sejam a concessão administrativa e a concessão patrocinada que vão ser importantes instrumentos para a promoção de investimentos em infraestrutura desde então.[16]

No que diz respeito ao instrumento de outorga das concessões no Brasil é necessário referir a primazia do contrato a partir dos anos 1990, já que a Lei 8.987/1995 equiparou as permissões de serviço público, tradicionalmente outorgadas por ato administrativo, às concessões redefinindo o instrumento de outorga que passa a ser o contrato.

A partir desse momento, a primazia do contrato na outorga de serviço público pode ser observada na natureza jurídica dos institutos indicados no nosso ordenamento jurídico. A outorga de serviço público é realizada, em regra, por meio de permissão ou concessão de acordo com o artigo 175 da Constituição Federal, mas o artigo 21 XI XII da mesma carta ainda indica a hipótese de delegação de serviço público por meio de ato de autorização.

A autorização de serviço público é uma forma de descentralização por colaboração, que não pode ser alçada de forma irrestrita, pois a Lei Geral das Concessões –Lei 8.987/1995– não dispõe sobre essa forma de outorga, razão pela qual a hipótese se impõe quando a Lei infraconstitucional faz menção expressa, o que se verifica nas Leis 9.427/1996 Lei 12.815/2013.[17]

---

[15] Souto, Marcos Juruena Villela: *Desestatização, privatização, concessões e terceirização*, 3ª ed. atual., Lumen Juris, Rio de janeiro, 2000, p. 14.

[16] Caldas, Roberto: *Parcerias Público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviço público*, Fórum, Belo Horizonte, 2011, p. 192.

[17] A legitimidade do modelo de autorização de serviço público como forma de outorga no direito brasileiro pode ser extraída das impressões de Conrado, Regis da Silva: *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação*, *Saraiva*, São Paulo, 2013, pp. 188 a 192.

Partindo da premissa de que os atos administrativos de outorga se apresentam com indicação muito específica, é possível deduzir que as formas de outorga, oriundas da margem de discricionariedade do artigo 175 da Constituição, se consubstanciam por meio de contratos de concessão e permissão, o que revela um avanço da nossa legislação, pois favorece a segurança jurídica das relações entre o Estado concedente e o ente privado concessionária.

De fato, as outorgas formalizadas por meio de contrato são mais seguras para o setor privado porque a eventual extinção unilateral do contrato demanda abertura de processo administrativo para a comprovação da inexecução dolosa ou culposa, e se o Poder Público optar pela extinção na modalidade encampação é necessária a autorização e legislativa e pagamento de indenização.[18]

Nessa perspectiva, é possível observar que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta cinco modalidades de outorga de serviço público reconhecidas de forma abrangente[19] pela dogmática jurídica, quais sejam: as autorizações disciplinadas nas Leis 9.427/1996 Lei 12.815/2013; a permissão e a concessão comum conforme Lei 8.987/1995 e as formas de concessão administrativa e patrocinada da Lei 11.079/2004.

A delegação de serviço público pode, contudo, se apresentar também em outros modelos contratuais passíveis de associar o Estado e o setor privado, que não denotam, a priori, a concretização de um movimento de concessão. As possibilidades de outorga paralelas são referidas por Alexandre Santos Aragão[20] com destaque para as parcerias firmadas entre Poder Público e terceiro setor.

Tal fenômeno decorre da ampliação das possibilidades de gestão compartilhada de serviços sociais. Nessa perspectiva ganham destaque contratos, definidos no ordenamento jurídico no final dos anos 1990, que atribuem a instituições privadas sem fins lucrativas projetos sociais, voltados a realização de serviços públicos em sentido estrito.[21] Nos referimos especificamente aos contratos de

---

[18] Rel. Min. Carlos Velloso, j. 01.07.1998. *Informativo STF*, n. 117, jul, 1998.

[19] A dogmática majoritária reconhece as formas de delegação de serviço público pontuadas extritamente no texto da Constituição de 1988, mesmo após a reforma gerencial do Estado no Brasil, que deflagra a abertura de novos formatos de relação público-privada indicadas para a promoção de gestão pública.

[20] Ao reconhecer a concessão de serviço público como matriz principal na outorga de serviço público, o autor indicou várias outras possibilidades de descentralização administrativas, inclusive aquelas hipóteses que não estão definidas expressamente na Constituição Federal de 1988, como: os arrendamentos, as franquias públicas, o credenciamento, os contratos de gestão firmados com as Organizações Sociais, os Termos de parceria atribuídos as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a concessão de uso de bens e os convênios. Aragão, Alexandre Santos: *Direito dos serviços públicos, 3ª* ed., Forense, Rio de Janeiro, 2013, pp. 683-725.

[21] A locução serviço público é multifacetada em função dos variáveis significados que abarca, mas em sentido estrito, designa atividade administrativa típica, ou seja, vinculada a titularidade do Poder Executivo que se diferencia das demais atividades administrativas específicas do Estado, quais sejam, poder de polícia e

gestão firmados com as Organizações Sociais e aos termos de parceria atribuídos às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Nos contratos, em que a outorga de serviço público é definida expressamente como forma de execução indireta de tal atividade, vê-se que as hipóteses se distinguem em função do tipo de financiamento associado à prestação. Para perceber a distinção é relevante considerar o quadro abaixo:

Tipo de contrato	**Modelo de financiamento**
Permissão de serviço público Lei 8.987/1995	Remuneração direta do usuário por meio de tarifas. O Estado pode permitir que a delegatária explore fontes alternativas de receita para manter a modicidade do preço público.
Concessão comum Lei 8.987/1995	Remuneração direta do usuário por meio de tarifas. O Estado pode permitir que a delegatária explore fontes alternativas de receita para manter a modicidade do preço público.
Concessão patrocinada Lei 11.079/2004	Um estudo indica que o serviço pode ser tarifado, mas como o valor da tarifa seria exorbitante, com base nos custos de implantação e manutenção do serviço, o Estado assume a realização de uma contribuição regular para custeio do serviço concedido. Nessa hipótese o usuário é tarifado e o Poder Público faz contribuição adicional.
Concessão administrativa Lei 11.079/2004	Não há tarifação, cabendo ao Estado participar do custeio de forma exclusiva ou parcialmente com a determinação de fontes de receitas que possam ser exploradas pela concessionária para custear, ao menos em parte, a realização do serviço.

intervenção econômica. Para pontuar o conceito vejamos: "define-se serviço público como sendo a atividade administrativa de realização de prestações materiais voltadas aos administrados em geral, sempre como meio de atingir um fim público positivado na ordem jurídica e sujeita ao regime jurídico público-administrativo, e em especial aos princípios da universalidade e da adequação". Freire, André Luiz: *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, Malheiros, São Paulo, 2014, p. 266.

Nos contratos com o terceiro setor, a natureza social dos serviços indicados pelas Leis 9.637/1998 e 9.790/1999 não suscita que os destinatários da atividade participem diretamente do financiamento dos serviços públicos. Deve-se levar em consideração que os contratos de gestão e termos de parceria nem sempre consubstanciam hipóteses de concessão, pois a outorga só seria observada na medida em que o projeto social indica a prestação de um serviço público propriamente dito.[22]

Essa discussão relativa de entidades do terceiro setor, qualificadas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, apresentarem *status* de delegatárias de serviço público é controversa. Alexandre Santos Aragão refere categoricamente essa hipótese na obra Direito dos Serviços Públicos, confirmando ideia ventilada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao elucidar uma nova forma de Administração Pública, nem direta, nem indireta, mas de natureza associada. Tal posição também pode ser verificada implicitamente no texto de Lucas Rocha Furtado.[23]

---

[22] O conceito de serviço público é uma das armadilhas seculares do Direito Administrativo, por discernir atividades de interesse público inseridas nesse conceito e distingui-las das demais atividades privadas é sempre um risco. De acordo com a noção clássica de serviço público social, este é considerado serviço exclusivo do Estado, por isso a exploração de atividades como saúde e educação pelo setor privado não caracterizam a realização de "serviço público propriamente dito". Alexandre Santos Aragão chamou tais atividades de serviços compartidos registrando o seguinte: "essas atividades (saúde, educação, etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como 'serviços compartidos', sendo que, quando exploradas por particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente de interesse público ou regulamentadas (caso sujeitas às autorizações operativas, que serão analisadas no capítulo seguinte), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais (...)". Aragão, Alexandre Santos: ob. cit., p.177.
De fato, essa premissa de que, atividades sociais desenvolvidas pelo Estado são serviço público, enquanto as mesmas atividades realizadas pelo setor privado são atividade econômica, acaba por fundamentar outra premissa qual seja: se instituições privadas realizam serviço social para a promoção do interesse público, sem objetivo de lucro, então o Estado ao contratá-las não está delegando serviço público, pois o serviço social tem variável naturezas jurídicas. Sendo assim é público quando executado diretamente pelo Estado e privado quando executado por instituições contratadas pelo Poder Público para executar projetos sociais indicados pelo Estado.
Infelizmente essa concepção dogmática estanque da natureza jurídica dos serviços sociais desenvolvidos pelo Terceiro Setor. Nesse contexto a doutrina majoritária atesta que a posição do Estado nesse contratos seria de agente de fomento, como pontua Carolina Zockun. Zockun, Carolina Zancaner: *Intervenção do Estado no domínio social*, Malheiros, São Paulo, 2009, pp. 186-187.

[23] As obras indicadas no parágrafo são: Aragão, Alexandre Santos: *Direito dos serviços públicos*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2013; Moreira Neto, Diogo de Figueiredo: "Pactos administrativos: um enfoque pós-moderno", in Tepedino, Gustavo & Fachin, Luiz Edson: *O direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias*

Contudo a tese não é majoritária na dogmática jurídica, pois os cursos de direito administrativo[24] mais difundidos nos currículos universitários não tocam nessa hipótese, considerando que o terceiro setor atua no desenvolvimento de atividade privada de interesse público fomentada pelo Estado, ou seja, entidades paraestatais que merecem reconhecimento, recursos e até certo grau de controle.

Rafael Carvalho de Oliveira acaba tangenciado o debate quando destaca os diversos entendimentos sobre a aplicação do artigo 37, §6º da Constituição Federal de 1988 em relação às Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. O dispositivo constitucional refere a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público, que necessariamente incluem a instituições privadas portadoras de outorga para o exercício de função administrativa do Estado.

Para o referido autor é possível observar três entendimentos, quais sejam: 1º entendimento: De acordo com Cristiana Fortini é cabível a aplicação do artigo 37 §6º da Constituição Federal ao terceiro setor, pois as instituições privadas atuação no desenvolvimento de atividades sociais classificadas como serviço público de forma substitutiva em relação ao Estado; 2º entendimento: De acordo com José dos Santos Carvalho Filho as entidades do terceiro setor respondem de forma subjetiva porque a relação de tais entes com a potestade pública decorrias de parcerias "desinteressadas"; 3º entendimento de acordo com Marcos Juruena Villela Souto indica a responsabilidade subjetiva já referida, mas em função da desconsideração da natureza jurídica de serviço pública à atividade social desenvolvida com base nas parcerias.[25]

Essa reflexão sobre a possibilidade de instituições do terceiro setor assumirem a prestação de serviço não poderia subsistir, pois o artigo 20 da Lei 9.637/1998 prevê a instituição de um programa nacional de publicização voltado a qualificação de Organizações Sociais destinadas a absolver atividades desenvolvidas por instituições públicas. De fato, a atividade de órgãos e entidades da Administração Federal não podem ser dissociadas da prestação de serviço público em função da sua eventual extinção, inclusive em função do objeto, notadamente no setor de educação e saúde.[26]

---

contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2008. Furtado, Lucas Rocha: *Curso de Direito Administrativo*, Fórum, Belo Horizonte, 2013.

[24] A título de exemplo Celso Antônio Bandeira de Melo, Maria Sylvia Zanella de Di Pietro, Fernanda Marinela, Odete Medauar, dentre outros.

[25] Oliveira, Rafael Carvalho Resende: *Administração pública, concessões e terceiro setor*. 3º ed. rev. Ampl. e atual., Forense, Rio de Janeiro; Método, São Paulo, 2015, p. 380.

[26] Artigo 20 da Lei 9.637/1998: "Será criado mediante decreto do Poder Executivo o Programa Nacional de Publicização (PNP), com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a

Há outras normas que referem de forma explícita e implícita a concessão de serviço público a entidades do terceiro setor, como podemos observar no enunciado do capítulo terceiro da Lei 11.743/2000, que dispõe sobre o contrato de gestão das organizações Sociais, qualificadas pelo Estado de Pernambuco, como instrumento de delegação.No voto de Carlos Ayres Brito na ADI 1913- 5 DF, O ministro do Supremo Tribunal Federal faz uma reflexão sobre o sentido da Lei 9.637/1998 resumindo o propósito da norma nos seguintes termos:

> [o que a Lei das OSs faz] é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada ao substituir o Poder Público, e não simplesmente complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que são típicas. O que me parece juridicamente aberrante pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.[27]

É possível observar que atividade atribuída às Organizações Sociais no trecho acima não é exploração de serviço privado ou serviço de utilidade pública, pois a publicização gera substituição de instituições públicas extintas e, é obvio, que serviço que mudou de mãos não deixa de ser público, porque sua execução foi atribuída a uma instituição privada. Além disso temos que levar em consideração que a substituição do Estado pelo terceiro setor ocorre mesmo na hipótese em que instituições públicas não são extintas, pois a demanda pela ampliação dos contratos de gestão pode ser uma forma de neutralizar a criação de novos órgãos e entidades da Administração Pública.

Se existem dúvidas sobre a natureza jurídicas dos serviços atribuídos às Organizações Sociais, como seria possível então distinguir atividade fomentada de serviço público se danos causados por entidades do terceiro ensejam a promoção da responsabilidade civil do Estado. Alberto Higa elucida a responsabilidade objetiva com base na verificação de hipótese em que o desenvolvimento do serviço público de saúde, realizado por instituição privada contratada pelo Município causa dano aos seus destinatários, demostrando que a aplicação do

---

absorção de atividades desenvolvidas por entidades e órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no artigo 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma dessa Lei, (...)". Vale ressaltar que as atividades referidas no artigo 1º são as seguintes: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

[27] http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Terceiro_Setor/Jurisprudencia_ACP/Voto__ADI1923LF.pdf. Acesso em 4 de novembro de 2015.

artigo 37 §6º da Constituição decorreu da natureza da atividade e não da posição instituição privada prestadora do serviço.[28]

Com as premissas levantadas não queremos negar a hipótese de fomento de instituições do terceiro setor. Se o poder público por meio de instrumento de incentivo direto o indireto auxilia uma instituição privada sem fins lucrativos a concretizar um projeto social de sua autoria, voltado ao cumprimento de seu estatuto, é possível sim contratar pra fins de fomento, se o Estado vai reconhecer e incentivar o trabalho de uma cooperativa de crédito dos pescadores do Vale do Paraíba, ou se vai ajudar rendeiras do interior do Ceará a exportar suas peças para Europa, ou mesmo se pretende apoiar uma ONG que dá apoio psicológico a familiares de pessoas com doença de Parkinson.

Mas se a entidade do terceiro atua com a bandeira do SUS, ou cuida da reabilitação de pessoas com dependência de Crack, tendo em vista a consecução de objetivos de uma política pública do Ministério da Saúde, então não vamos falar de fomento porque a terminologia é imprópria. É fundamental reconhecer a concessão de serviço público mesmo que ela esteja velada em contrato de gestão ou termo de parceria.

Essa é a fórmula palpável para vincular os serviços sociais conduzidos pelo terceiro setor a um regime jurídico capaz de garantir a universalidade e adequação da atividade. Dessa forma o serviço público conduzido por mãos públicas ou privadas se estabelece como veículo condutor da promoção de direitos fundamentais.[29]

Infelizmente, a desconstrução do conceito de serviço público pode favorecer a neblina que mantém a camuflagem de dezenas, centenas, talvez milhares de contratos de parceria sem parceria, que furtam do usuário as prerrogativas inerentes ao exercício do direito público subjetivo de acesso ao serviço público.

Disfarçar o serviço público de atividade privada é um risco que se evidencia na evasão da tutoria imposta ao Estado como titular do serviço público. Com mais de cinco mil e quinhentas entidades federativas indicando pressupostos para qualificação e contratação do terceiro setor,por meio da edição de leis específicas, é possível que essas relações de "suposta parceria" se construam com base em indicadores absolutamente assimétricos de regulação.

Há muitos problemas decorrentes da desregulação do setor privado, que ficam associados a fuga do regime jurídico de direito público na promoção de políticas públicas sociais, quais sejam: a) na concepção do contrato: definição de metas mal formuladas ou evasivas; na fiscalização: é provável que auditorias publicas sejam negligenciadas com a realização de controle meramente formal

---

[28] Higa, Alberto Shinji: *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*, Fórum, Belo Horizonte, 2010, pp. 257-259.

[29] Bacellar Filho, Romeu Felipe & Blanchet, Luiz Alberto (Coords.); Trybus, Daiana; Ribas, Paulo Henrique & Castro, Rodrigo Pironti Aguirre (Orgs.): *Serviços Público: Estudos dirigidos*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, pp. 93-100.

por meio de revisão de relatórios de prestação de contas; c) na regulação: o risco está na omissão legislativa relativa a elaboração de regulamentos definindo o padrão de adequação dos serviços; d) na ausência de prestação, o serviço realizado como atividade privada fomentada não se submete ao princípio da continuidade por isso seus destinatários poderão sofrer com eventuais interrupções; e) no que tange a responsabilidade civil, os danos causados por entidades do terceiro setor prestadoras de serviço não serão, a priori, determinantes para o exercício do direito disciplinado no artigo 37 §6º da Constituição Federal.

Nesse ensaio que registra as considerações de palestra proferida no primeiro simpósio Brasil-Cuba de Direito Público há um saldo muito positivo nesse debate que apresentou um instituto marcado por diferenças políticas sociais e econômicas tão pronunciadas em dois países tão dessemelhantes. Estamos debatendo o papel do setor privado na promoção de serviços públicos e, por conseguinte, estamos discutindo um elemento de interseção entre as concessões administrativas em Cuba e no Brasil, qual seja, o dever da potestade pública de regular, regular e regular o setor privado.

O direito à liberdade consagrado no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988 deve ser clamado em defesa do setor privado, quando este atua no âmbito privado, mas se o setor privado desenvolve função administrativa do Estado, é imperativo que liberdade sucumba ao regime jurídico de direito público. Por isso, o governo socialista de Cuba precisa regular o setor privado, para ser socialista e o Brasil deve regular o setor privado para ser capitalista, mas com a salvaguarda da social democracia.

Constitución y concesiones administrativas en Cuba*

Andry Matilla Correa**

"A presença do Estado tem oscilado, no tempo e no espaço, segundo as variações da história política e econômica, impondo ao Direito Público transições conceituais e instrumentais, em correspondência ao movimento que procuramos definir como a variante do pêndulo entre pontos extremos na busca do equilíbrio (…)".

Caio Tácito

«A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa»,
en *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, volumen 3,
Livraria e Editora Renovar LTD,
Río de Janeiro, 2002, p. 41.

Introducción

A casi un cuarto de siglo de su reintroducción dentro del tráfico económico y jurídico cubano, parece ser que las *concesiones administrativas* volvieron para quedarse definitivamente dentro del espectro *iuspúblico* patrio, como una modalidad de la actividad administrativa pública. Y es que la *concesión administrativa*, en cuanto técnica jurídica, en los últimos siglos, en diversos momentos y latitudes, ha probado ser –bien ordenada y operada jurídicamente– un mecanismo efectivo para la gestión del interés público que en ella subyace.

---

* Este trabajo ha sido elaborado sobre la base de la ponencia presentada por el autor en el I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público, organizado por Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba), la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil), los días 9 al 11 de septiembre de 2015.

** Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC).

La reaparición de las concesiones administrativas entre nosotros se vio compulsada por las circunstancias históricas que vivió Cuba a finales de la década de 1980 y los inicios de la de 1990,[1] que obligaron a replantearse ciertos pilares del funcionamiento político-económico del Estado socialista cubano, en orden al cumplimiento de los fines trazados y a los que debía responder tal funcionamiento. Por supuesto que ese replanteamiento impactó directamente –y en especial– en la organización y en el funcionamiento de la Administración Pública cubana; e implicó la matización o el abandono de ciertos postulados que se habían convertido en principios esenciales de esa organización y de ese funcionamiento administrativos en los lustros anteriores a la reforma constitucional de 1992, al amparo de la determinación y evolución del rumbo socialista adoptado por el país desde inicios de la década de 1960.[2]

Como es conocido, antes de la reforma de 1992 no existía un precepto en la Constitución de 1976 que pudiera entenderse como que confería habilitación a la Administración Pública para el otorgamiento de concesiones administrativas. De hecho, las bases constitucionales del tráfico *iuspúblico* y económico trazadas en el texto original de la Constitución de 1976, no permitían colegir que en ellas se comprendía la posibilidad de una habilitación de esa naturaleza en el ámbito competencial administrativo relativo a servicios, obras y bienes públicos.[3] Y, más aún, un otorgamiento de ese tipo, en ese contexto constitucional, pugnaba –en nuestra apreciación– con los principios y disposiciones constitucionales que hacían de nuestro tráfico económico una «economía

---

[1] Remitimos aquí a lo que expusimos en: Matilla Correa, Andry: *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Centro de Estudios de Administración Pública, Universidad de La Habana, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, pp. 62 y ss.

[2] No es ocioso recordar aquí, palabras de Juan Vega Vega, quien a propósito de su comentario a la ley de inversión extranjera de 1995, refería que "(…) las concepciones económicas plasmadas en la Constitución de 1976, no habían surgido en esa fecha, sino muchos años antes, habían surgido en 1959 y 1960, habían sido criterios considerados de valor eterno para una generación o quizás dos generaciones de cubanos formadas intelectualmente después del triunfo revolucionario de 1959". Vega Vega, Juan: *Cuba: inversiones extranjeras a partir de 1995. Comentarios a la ley cubana de 1995 de la inversión extranjera*, 2da edición corregida, Ediciones Endymion, Madrid, 1996, p. 25.

[3] En este mismo sentido, María Teresa Lanza López había apuntado: "Antes de la reforma Constitucional de 1992 si bien no existía un precepto constitucional que prohibiera la transmisión de determinados derechos sobre bienes que formaran parte de la propiedad estatal socialista de todo el pueblo, no estaba amparada constitucionalmente dicha transmisión y, por ende, se afectaba de igual forma la posibilidad de otorgamiento de concesiones administrativa de servicio público". Lanza López, María Teresa: "La concesión administrativa de servicio público", en AA.VV., *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, Editorial "Félix Varela", Ciudad de La Habana, 2002, p. 153, y el mismo trabajo en AA.VV.: *Temas de Derecho Administrativo cubano*, t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 405.

socialista de Estado»,[4] determinada y articulada sobre los resortes –en esencia– de la propiedad estatal sobre los medios de producción, y la actuación del Estado, y sus formas organizadas al efecto, como agente o actor principal (en lo cualitativo y lo cuantitativo)[5] del tráfico económico[6] y (en carácter monopólico) de la prestación de los servicios públicos (tanto los que pudieran considerarse de carácter social, como los industriales y comerciales, según la vieja distinción francesa), de la construcción de infraestructuras públicas, y de la explotación de bienes de dominio público.

En ese orden de ideas, gráficas resultan las conclusiones que vertiera Juan Vega Vega en su comentario al artículo 15 de la Constitución, que data de la década de 1980, cuando aún no se habían producido las modificaciones constitucionales que luego se conocerían en 1992. En sus observaciones al hilo de aquel artículo 15, Vega Vega hubo de sostener:

> "La propiedad estatal socialista de todo el pueblo comprende también el subsuelo y las minas. La Constitución de 1940 asimismo establecía por su artículo 88, que el subsuelo pertenecía al Estado, pero añadía la posibilidad de que se otorgaran concesiones a particulares para su explotación, con lo que desvirtuaba en la práctica esa declaración. El Estado socialista cubano, que es propietario del subsuelo y las minas, no otorga **concesiones** a ningu-

[4] Según el artículo 16 de la Constitución de 1976: "El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional de acuerdo con el Plan Único de Desarrollo Económico-Social (…)". En un conocido texto de Derecho Económico de la década de 1980, se señalaba (Luisa Rodríguez Grillo) que: "El carácter planificado de la economía socialista determina que la dirección de la misma no la realicen ciudadanos aislados sino empresas y organizaciones socialistas". Rodríguez Grillo, Luisa (Colectivo de autores bajo la dirección de): *Apuntes de Derecho Económico*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Editado por el Departamento de Textos y Materiales didácticos MES, Ciudad de La Habana, 1984, p. 10.

[5] En el artículo 14 del texto constitucional de 1976, se estableció: "En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre". Mientras, en el artículo 17, primer párrafo, se dispuso: "Para la administración de la propiedad socialista de todo el pueblo, el Estado organiza empresas y otras entidades económicas". Y en el artículo 18 se reguló: "El comercio exterior es función exclusiva del Estado. La ley determina las instituciones y autoridades estatales facultadas para crear empresas de comercio exterior y para normar y regular las operaciones de exportación e importación, así como las investidas de personalidad jurídica para concertar convenios comerciales".

[6] La preeminencia del Estado en el tráfico económico se complementaba en nuestro país, hasta 1992, con el reconocimiento de la actividad económica agraria de los pequeños agricultores, individualmente considerados o asociados (artículo 20 del la Constitución de 1976); y con el reconocimiento y ordenación jurídica, a nivel de legislación ordinaria, de la inversión extranjera en Cuba, en un primer momento a través del Decreto-Ley No. 50, de 15 de febrero de 1982.

na empresa privada para su explotación, sino que explota el subsuelo y las minas mediante empresas estatales en beneficio del pueblo.
Los recursos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, y los bosques, las aguas y las vías de comunicación son también de propiedad estatal socialista y no son objeto de concesión".[7]

No es hasta la importante y sustancial reforma de la Constitución en 1992 que, por obra de esa modificación, se crea un marco constitucional –no sin imperfecciones– que ha permitido amparar el otorgamiento de concesiones administrativas en nuestro país.

Ajustes como ese en el ordenamiento positivo (y a ese nivel normativo), además de otros que se dieron en el plano económico y jurídico (y los que se vienen realizando desde ese tiempo hasta hoy), han implicado, dentro del rumbo y los fines socialistas del Estado cubano, una matización (flexibilización, relativización) del papel del Estado, y sus formas organizadas al efecto, dentro de los resortes de la economía cubana,[8] para darle cabida en un grado mayor, sobre todo, a la inversión extranjera (ya en formas de organización económica de capital totalmente extranjero, o formas asociativas mixtas[9]) o darle cabida (en algún grado o abrirle más espacio, en lo correspondiente) a la actividad económica del sector privado nacional (en lo que han devenido las figuras más representativas los llamados «trabajadores por cuenta propia o cuentapropistas» o, más reciente, las cooperativas no agropecuarias). Aunque, hasta hoy el ente estatal ha seguido siendo el principal agente del tráfico económico y de la prestación

[7] Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 152. La negrita es del original que transcribimos.

[8] El actual artículo 14, primer párrafo, de la Constitución dispone que: "En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre". Y en el 16 se expresa: "El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país (…)". Por su lado, en la letra del artículo 18 se lee: "El Estado dirige y controla el comercio exterior. La ley establece las instituciones y autoridades estatales facultadas para:
- crear empresas de comercio exterior;
- normar y regular las operaciones de exportación e importación; y
- determinar las personas naturales o jurídicas con capacidad legal para realizar dichas operaciones de exportación e importación y concertar convenios comerciales".

[9] En el actual artículo 23 constitucional, primer párrafo, se acoge: "El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley"; y en el segundo párrafo se regula: "El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan".

de los servicios públicos, de la construcción de infraestructuras públicas, y de la explotación de bienes de dominio público.

Más allá de esa última constante y manteniéndose el esquema esencial de una «economía socialista de Estado», lo cierto es que, en especial a partir de la reforma constitucional de 1992 (aunque ya desde el Decreto-Ley No. 50, de 1982, sobre la inversión extranjera, se dio un paso visible), el tráfico jurídico-económico cubano tuvo un importante impulso a los efectos de alcanzar –con ritmos diferentes en su marcha hasta hoy– un espectro de mayor pluralidad y apertura, tanto en lo objetivo, como en lo sujetos que en él intervienen, en relación con el tiempo y el contexto anterior a esa reforma. Pluralidad y apertura que, en consonancia con ello y como consecuente implicación, se proyectó hacia el tráfico administrativo público dentro del espacio económico.

El regreso de las concesiones administrativas al tráfico jurídico nacional, a partir de 1992, puede entenderse como el quiebre del principio que marcaba, en exclusiva, la prestación pública directa (por parte del Estado o de la Administración Pública) de servicios públicos o la explotación directa de bienes públicos, en favor –cautelosamente en un inicio– de la idea de dar cabida a la gestión indirecta de ciertos servicios públicos, a la realización indirecta de obras públicas, y a la explotación privativa de bienes públicos, con la participación en ello del sector privado (extranjero, esencialmente) o, si se quiere, no estatal cubano. Dicho quiebre debe colocarse en relación directa, como consecuencia, con un cambio efectivo de perspectiva en la proyección y en la actuación económica del Estado cubano, a lo interno del país, y en el modo de proveer a la garantía de ciertas necesidades públicas que quedaban involucradas de lleno en esa proyección y actuación. No cabe duda que el retorno de las concesiones administrativas al espectro jurídico nacional fue un resultado (también) de los necesarios movimientos de (y para) la apertura de la economía cubana que se dieron durante la última década del pasado siglo.

El hecho de haberle dado lugar en la normativa y en la práctica a la técnica concesional a partir de 1992, asumiéndola como instrumento de actuación *iuspública* dentro de la perspectiva de un reformado (merced a la modificación constitucional de 1992) Estado socialista cubano, hizo perder virtualidad –por el peso de las circunstancia– a aseveraciones que, sostenidas bajo otro tiempo y realidad jurídico-pública nacionales dentro del propio iter socialista del Estado, destacaron –con cierto talante absoluto– que la concesión administrativa era una «forma característica de la sociedad capitalista e inadmisible en el socialismo»;[10] y dio la razón a las que –aún parcamente y en minoría– no

[10] Ver, en lo correspondiente: Garcini, Héctor y Reyes, Miguel: *Manual de Derecho Administrativo, Parte General*, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, t. I, pp. 36 y 37; Garcini Guerra, Héctor: *Derecho Administrativo. Segunda parte*, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1978, p. 63; Garcini Guerra, Héctor: *Derecho Administrativo*, 2da edición corregida y ampliada, Edito-

descartaron la posibilidad de que dicha forma tuviera vigencia efectiva dentro de los modos de actuación de la Administración Pública del Estado socialista.[11]

Si bien la primera concesión administrativa que se otorgó en 1992[12] no tuvo el marco constitucional propicio que habilitara ese otorgamiento, poco después, en febrero de 1992, con la reforma constitucional, se introduce –quizás, imperfectamente en el modo en que quedó regulado–, además de otras adecuaciones, un precepto que puede tenerse como habilitante a nivel constitucional para el otorgamiento de concesiones administrativas.[13] Ese precepto es el artículo 15, último párrafo, cuya letra remite a «la actuación conforme a lo previsto en la ley» cuando se trate de la «transmisión de otros derechos» sobre los bienes de «propiedad estatal socialista de todo el pueblo» que enumera en sus inicios (a y b) ese mismo artículo 15, a «empresas estatales y otras entidades autorizadas».

A partir de la vigencia de esa regulación, a nivel de la normativa ordinaria se fue conformando el marco jurídico ordenador de las concesiones administrativas en un primer momento, a partir, por ejemplo, de normas como: la Ley No. 76, Ley de Minas, de 21 de diciembre de 1994; la Ley No. 77, De la Inversión Extranjera, de 5 de septiembre de 1995; el Decreto-Ley No. 164, Reglamento de Pesca, de 28 de mayo de 1996; el Decreto-Ley No. 165, De las Zonas

---

rial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1986, p. 191; Rodríguez Pérez, Homero: *Manual de Derecho Administrativo*, Texto único, Edición Provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, pp. 208 y 209. Entre las obras que no son propiamente de Derecho Administrativo: Ministerio de Justicia: *Código Civil*, Concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975, Publicación de Legislaciones, vol. VII, Editorial Orbe, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1975, p. 42; Cantón Blanco, Luis E.: *Conferencias de Propiedad y Derechos Reales*, Curso Dirigido, Ministerio de Educación Superior, Editora de la ENPSES, La Habana, 1982, pp. 335 y ss.; Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario…*, cit., p. 152.

[11] En concreto, ver: Gómez Treto, Raúl: "El concepto marxista de la Constitución y el sistema jurídico-normativo de la sociedad constituida en Estado", *Revista Cubana de Derecho*, año XVI, No. 31, octubre-diciembre, 1987, Unión Nacional de Juristas de Cuba, Ciudad de La Habana, p. 53; Valdivia Onega, Marisabel; Vizoso García, María de los Ángeles y Castanedo Abay, Armando: "Los servicios estatales en la Administración del Estado", en *Separata de Derecho Administrativo*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1989, p. 101.

[12] Fue mediante el Decreto No. 167 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 22 de enero de 1992, a la empresa mixta Teléfonos Celulares de Cuba S.A., CUBACEL, para construir, instalar, mantener, operar y explotar una red pública de radiotelefonía celular.

[13] En sentido concordante: Burguet Rodríguez, René: *Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. Texto de la Ley. Comentarios*, Consultoría Jurídica Internacional, Sangova, S.A., Madrid, [s/a], p. 12; Lanza López, María Teresa, "La concesión administrativa de servicio público", en AA.VV., *Estudios…*, cit., pp. 153 y 154, y el mismo trabajo en AA.VV., *Temas…*, ob. cit., pp. 405 y 406; Matilla Correa, Andry, *Introducción al régimen jurídico…*, cit., pp. 62 y sigs.

Francas y Parques Industriales, de 3 de junio de 1996; el Decreto No. 222, Reglamento de la Ley de Minas, de 16 de septiembre de 1997; el Decreto No. 274, Reglamento del Decreto-Ley de Puertos, de 24 de diciembre de 2002; la Resolución No. 66/96 del Ministro para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, de 24 de octubre de 1996, creando el Registro Oficial de Concesionarios y Operadores de Zonas Francas; la Resolución No. 339/99 del Ministro de la Industria Pesquera, de 27 de diciembre de 1999, que establece el sistema de concesiones para el desarrollo de la acuacultura en jaulas flotantes en aguas marinas y salobres de la República de Cuba; la Resolución No. 4/2000 del Presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, de 14 de enero de 2000, por la que se regula las formas y condiciones en que se ejecutará la concesión administrativa otorgada a Aguas de La Habana por el Acuerdo No. 3596 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 4 de diciembre de 1999.

También, en ese marco jurídico ordenador, en un primer momento, se pueden contar los actos de concesiones en concreto como: el Decreto No. 190 de 17 de agosto de 1994, que otorgaba una concesión administrativa a la Empresa de Telecomunicaciones de Cuba, S.A., ETECSA, para la prestación del servicio público de telecomunicaciones, concesión esa que sería luego reordenada por el Decreto No. 275 de 16 de diciembre de 2003; el Decreto No. 219 de 31 de octubre de 1997, concesión administrativa para fomentar y explotar una Zona Franca en el Valle de Berroa, como una Zona Industrial, Comercial y de Servicios; el Decreto No. 220 de 24 de mayo de 1997, concesión administrativa para fomentar y explotar una Zona Franca en el área de Wajay; el Decreto No. 224 de 31 de octubre de 1997, concesión administrativa para fomentar y explotar la Zona Franca de Mariel, como una Zona Industrial, Comercial y de Servicios; Acuerdo No. 3377 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 20 octubre de 1998, otorgando concesiones administrativas para administrar muelles, espigones y operaciones necesarias para el atraque de buques de cruceros y ferris, en régimen de exclusividad a la Sociedad Mercantil CUBANCO S.A., por medio del arrendamiento a SILARES TERMINALES CARIBE N. V., SILARES; Acuerdo No. 3807 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 16 de noviembre del 2000, otorgando una concesión administrativa, no exclusiva, a la empresa Telefónica Data Cuba S.A., TDATA CUBA, para prestar servicios públicos de sistemas de información interactiva en Entorno INTERNET, así como de servicios de telecomunicaciones de valor agregado, requeridos para estos fines, en el territorio de la República de Cuba; el Acuerdo No. 3833 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 15 de diciembre del 2000, otorgando una concesión administrativa a la Empresa de Telecomunicaciones Celulares del Caribe, S.A., C-COM, para la prestación de un servicio público digital celular de telecomunicaciones móviles terrestres, en todo el territorio nacional.

En lo fundamental, fue ese el panorama que trascendió a la primera década del siglo XXI cubano en lo que se refiere a las concesiones administrativas. Aunque, a nivel de normativa ordinaria y de concesiones administrativas en

particular, algunos cambios (que no es necesario narrar aquí) se dieron, y se siguieron dando en el primer lustro de la década siguiente. Por lo que, aun sin variaciones sustanciales o radicales, lo cierto es que la topografía que presenta el marco jurídico ordenador de las concesiones administrativas en Cuba al día de hoy, dista algo de lo recibido en él al clarear el nuevo siglo.

Ahora bien, el trazado a muy grandes rasgos que hemos hecho de ese panorama, el cual pudiéramos decir que configura un «primer tiempo» (década de 1990 y primeros años del siglo XXI) en el resurgimiento de las concesiones administrativas en Cuba, ha sido necesario evocarlo como punto de partida a los fines que nos trazamos en este trabajo. Finalidad que no es otra que la de hacer una somera y muy apurada lectura de las concesiones administrativas como técnica jurídico-administrativa, a la luz de la normativa constitucional cubana y ajustándonos al momento socioeconómico que vive el país al día de hoy.

El interés de una lectura de ese tipo, como perspectiva de acercamiento al tema de las concesiones administrativas en Cuba, se nos compulsa por varios motivos, entre los que pueden esgrimirse: el hecho de que desde su reaparición hasta hoy, no ha habido un régimen jurídico dotado de cierta unidad, coherente y acabado a propósito de las concesiones administrativas, sino más bien en ese régimen ha primado la fragmentación, la dispersión, la poca sustanciación, dejando al descubierto claras necesidades de proveer a su mejor diseño y ordenación jurídica; el valor de uso de la figura concesional dentro del tráfico jurídico y económico cubano, y su especial relación con el sector de la hoy potenciada inversión extranjera; el tiempo de transformaciones (reformas) socioeconómicas, jurídicas y administrativas que, al menos desde dos lustros atrás, se vienen acometiendo (en ritmo diverso) en el país, en particular en el sector público (en su organización y funcionamiento); la aparición, al calor de esas reformas, de nuevas normas jurídicas de relevancia que incluyen en su letra cuestiones relacionadas con el régimen jurídico de las concesiones administrativas (ya introduciendo alguna modificación sectorial, o incorporando nuevos sectores de operatividad para la concesión administrativa); el imperativo –cada vez más impostergable– de dotar al país de un ordenamiento jurídico-administrativo mejor diseñado, más eficaz, que proyecte y propicie con mejor vocación su funcionalidad; la relación sustancial que existe entre la Constitución como norma jurídica y los fundamentos jurídicos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública y del ejercicio de la función administrativa; y, claro está, a partir de su anuncio oficial, la circunstancia especial de que se está a las puertas de una modificación del ordenamiento constitucional cubano (¿reforma constitucional o nueva Constitución?), lo que hace asumir –en el marco estrecho de lo que nos interesa en este trabajo– que ello ha de impactar (en el nivel o la forma que sea) lo que podemos llamar «las bases constitucionales de las concesiones administrativas» en Cuba.

En este sentido, no debe perderse de vista que tales «bases constitucionales» hacen parte esencial del régimen jurídico de las concesiones administrativas;

y, en un alcance mayor, del régimen jurídico de la Administración Pública y del funcionamiento administrativo en nuestro país. De ahí que una mirada a esta cuestión que nos ocupa, desde la perspectiva apuntada y compulsados por los motivos señalados, no solo implica un repaso de la situación actual del régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba, sino una oportunidad para verter algunas reflexiones con interés y utilidad a futuro. Todo ello con miras puestas en la constante exigencia de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico nacional.

La concesión administrativa como técnica jurídico-administrativa

Como es conocido, la *concesión administrativa* es una de las instituciones jurídicas características del Derecho Administrativo.[14] Es una técnica jurídico-administrativa de vieja data, ligada originariamente a la transferencia a favor de particulares de la ejecución de obras o trabajos públicos, la prestación de servicios públicos y la explotación de bienes de dominio público. Por lo que el ambiente más propicio de desarrollo para las concesiones administrativas, ha sido aquel donde se ha potenciado la actuación indirecta de la Administración Pública; y, en consecuencia, donde se han propiciado, con protagonismo, formas de colaboración privada en el ejercicio del funcionamiento administrativo, y, por esa vía, en la consecución de determinados intereses públicos (generales, colectivos, comunes).

El valor práctico de la concesión administrativa como modalidad de la actuación pública ha quedado evidenciado desde el siglo XIX,[15] donde se ha ubicado su *edad de oro*.[16] También su construcción dogmática como figura *iuspública* ha contribuido a sustanciar, desde el propio período decimonónico,

[14] Una perspectiva general, de nuestra parte, sobre la concesión administrativa, puede verse: Matilla Correa, Andry: "XIV. Concesiones administrativas", en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime / Rodríguez Rodríguez, Libardo (Directores) y Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen (Coordinadora): *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Editorial Comares, S.L., Granada, 2015, pp. 429-478.

[15] A finales del propio siglo XIX, un autor francés como Albert Dreyfus señalaba que los más grandes trabajos de esa centuria en Francia habían sido ejecutados por la vía de la concesión y que esta última se había convertido en instrumento de progreso; Dreyfus, Albert: *Étude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse pour le doctorat, A. Pedone, Éditeur, Librairie de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats, París, 1896, p. 1.

[16] René Chapus ha calificado al siglo XIX como *la edad de oro de la concesión* (de servicio público, según escribía). Ver: Chapus, René : *Droit Administratif Général*, T15ta edición, Editions Montchrestien, E.J.A., París, 2001, t. 1, p. 639.

el debate constructivo a propósito de cuestiones medulares del régimen jurídico-administrativo, y del Derecho Público en general.[17]

Según hemos tenido oportunidad de dejar constancia, entendemos por *concesión administrativa* el *acto jurídico-administrativo por el que la Administración Pública confiere a determinada persona, temporalmente, el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público*; o, lo que es igual, *el título jurídico-administrativo por el que la Administración Pública habilita a determinada persona, temporalmente, para el ejercicio de cierta actividad administrativa que tiene como objeto la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública, o la explotación de un bien de dominio público.*[18]

Las líneas típicas que esa figura presenta como institución jurídico-administrativa pueden obtenerse de su dinámica funcional y estructural propia. En este orden de ideas, también hemos sostenido ya con anterioridad,[19] como características de la *concesión administrativa* las siguientes: a-) *se otorga en función del interés público*; b-) *es un acto sometido al régimen jurídico-administrativo*; c-) *es un acto bilateral*; d-) *es un acto formal*; e-) *tiene un carácter intuitu personae*; f-) *la Administración Pública ostenta un conjunto de potestades jurídicas de ejercicio*

[17] Un autor como el español Niceto Alcalá-Zamora llegaba a escribir, en los primeros lustros del siglo XX, que "(…) en torno del problema y el concepto de la concesión, giran las grandes cuestiones de nuestra vida nacional (…)". Ver: Alcalá-Zamora, Niceto: *La concesión como contrato y como derecho real*, Imprenta y Enc. de Julián Espinosa, Madrid, 1918, p. 6.

[18] Nuestras consideraciones sobre la definición de la *concesión administrativa* las hemos desarrollado en: Matilla Correa, Andry: "Base conceptual de la concesión administrativa", *Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório*, No. 3, 2011, MP Editora, São Paulo, pp.13 y ss. Ver, entre otros trabajos nuestros donde hemos dejado constancia de esta definición: Matilla Correa, Andry: "XIV. Concesiones administrativas", cit., pp. 431 y 432. La definición más clásica de la concesión administrativa reconocida dentro del Derecho Administrativo francés, a pesar del tiempo, es la que diera el comisario de Gobierno Chardenet en sus conclusiones al *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, del Consejo de Estado, de 30 de marzo de 1916: "(…) *c'est le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subventions, avec ou sans garantie d'intêret, et que l'en rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage public ou sur ceux qui bénéficient du service public.* (…)". Hemos tomado esta definición de las propias conclusiones de Chardenet que fueron publicadas en su parte general –la parte doctrinal, como bien se aclaraba– en la nota de jurisprudencia de: Jèze, Gastón : "La guerre et les concessionnaires de service public (Compagnie du gaz)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Tome trente-troisième, XXIIIe année, 1916, V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs, Paris, p. 213.

[19] Una explicación de estas características puede encontrarse en: Matilla Correa, Andry: "Base conceptual…", cit., pp.13 y ss.

unilateral en el contenido de la relación concesional; g-) *origina derechos para el concesionario (carácter constitutivo)*;[20] h-) *se otorga con carácter temporal*; i-) *la concesión genera una extensión de los efectos jurídicos a* terceros; j-) *la actividad administrativa objeto de la concesión corre, en principio, por cuenta y riesgo del concesionario* (*principio de riesgo y ventura*); k-) *la concesión administrativa tiene siempre un trasfondo económico-político.*

Desde el punto de vista positivo, en el ordenamiento jurídico cubano se han acogido algunas definiciones que, aunque no es objetivo tratar críticamente aquí, sí es necesario esbozar.

Por ejemplo, en el artículo 17 de la Ley No. 76, "Ley de Minas", de 1994, se establece que a los efectos de la misma se entiende por concesión minera:

> "(...) La relación jurídica nacida de un acto gubernativo unilateral por el que se otorga temporalmente a una persona natural o jurídica el derecho de realizar actividades mineras, bajo las condiciones y con todos los derechos y obligaciones que esta Ley y su Reglamento determinan. (...)".

En fechas más recientes, el Decreto-Ley No. 313, "De la Zona Especial de Desarrollo de Mariel", de 19 de septiembre de 2013, dispuso (artículo 19) que a los efectos de lo regulado por esa norma jurídica,

> "(…) la concesión es el título habilitante por el que se otorga a determinada persona, temporalmente, la gestión de un servicio público, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público (…)".[21]

La actual "Ley de la Inversión Extranjera", Ley No. 118 de 2014, en el artículo 2 (Capítulo II, Del Glosario), regula, a los efectos de esa ley y su reglamento, que, que concesión administrativa es el

> "título habilitante que otorga, con carácter temporal, el Consejo de Ministros para la gestión de un ser-vicio público, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público, bajo los términos y condiciones que se establezcan".[22]

---

[20] Ver, especialmente: Matilla Correa, Andry: "Sobre la distinción de las concesiones administrativas en «constitutivas» y «traslativas»", en Matilla Correa, Andry y Cavalcanti, Bruno (Coordinadores): *Estudios latinoamericanos sobre concesiones y PPP*, Ratio Legis Librería Jurídica, Salamanca, 2013, pp. 169-206.

[21] En el artículo 2, apartado 2, párrafo quinto, del viejo Decreto-Ley No. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales, de 3 de junio de 1996, se definió la concesión como: "acto unilateral del Gobierno de la República de Cuba, por el que se otorga a una persona natural o jurídica la facultad de fomentar y explotar una zona franca, con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones".

[22] En la anterior Ley de la Inversión Extranjera, Ley No. 77 de 1995, se establecía, en el artículo 2, inciso f, como concesión administrativa: "Acto unilateral del Gobierno de la República, por el cual se otorga a una entidad el derecho a ex-

Uno de los aspectos a resaltar sobre las concesiones administrativas en Cuba es que desde el resurgimiento de estas a fines del siglo XX, ha sido característico entenderlas y ordenarlas jurídicamente con un carácter de acto unilateral. Cuestión esta que hemos analizado críticamente ya con anterioridad,[23] y donde ponderamos la idea de que la concesión administrativa, en su naturaleza jurídica, es un acto de carácter bilateral.

Colocándonos en una perspectiva general, debe entenderse que la concesión administrativa, como técnica jurídica, es un instrumento de la actuación pública (del Estado, de la Administración Pública) para la consecución de determinados fines de carácter general, que nos subsume dentro del marco del funcionamiento administrativo. Es un modo del ejercicio de la función administrativa; y es también un instrumento de política económica.

La concesión administrativa involucra una transferencia, temporal y condicionada, del ejercicio de determinada actividad administrativa, de su titular (concedente) hacia otro gestor (concesionario); mas ello no implica la pérdida de la titularidad de lo concedido por parte del concedente, ni que el objeto de la concesión administrativa deja de ser público, ni de estar dentro del contenido de la función administrativa. Por lo que, entonces, la Administración Pública concedente transmite al concesionario, en virtud del acto de concesión, cierto contenido del ejercicio –pero no la titularidad– de la actividad que los tiene como objeto; y por ese acto se produce una suerte de disociación entre titular del objeto concedido y gestor o ejecutor de ese objeto. Realmente, la concesión administrativa es, en esencia, una manera de descargar riesgos económicos que genera la ejecución de la actividad objeto de esta, en otro sujeto que no es el titular público de la actividad, buscándose garantizar por esta vía, de una mejor o más eficaz manera (al menos en teoría), la satisfacción del interés público que signa su dinámica existencial.

En esa cuerda argumental, toda concesión administrativa es título para el ejercicio de función administrativa, que habilita para ese ejercicio, en lo correspondiente, a un sujeto distinto al titular de la actividad concedida (concesionario).[24] El supuesto históricamente típico de sujeto habilitado para

---

plotar un servicio público, un recurso natural, o a ejecutar y a explotar una obra pública bajo los términos y condiciones que se establezcan".

[23] Remitimos aquí a lo que expusimos en: Matilla Correa, Andry: *Introducción al régimen…*, cit., pp. 72 y ss. De modo resumido: Matilla Correa, Andry: "XIV. Concesiones administrativas", cit., pp. 435 y ss.

[24] Recordemos, por ejemplo, que el alemán Otto Mayer destacaba que por la concesión "(…) se otorga a un súbdito un poder público sobre una parte de la administración pública que le es delegada"; ver: Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán, Parte Especial. El Derecho Público de las cosas*, Traducción directa del original francés por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, t. III, p. 245. Igualmente, el italiano Ugo Forti afirmaba:

estos casos (concesionario) es el de un privado; que sigue siendo el característico, pero ya no representa el supuesto exclusivo de concesionario, porque la experiencia vivida en el siglo XX ha llevado a dar cabida bajo ese manto subjetivo también a figuras de carácter público o mixto.

Vista así, la concesión administrativa es una forma indirecta (para la Administración Pública) de actuación o de gestión pública, en contraposición a las formas directas de actuación o gestión pública por parte de la propia Administración Pública, a través de las formas organizativas que puede adquirir a tales efectos.

Como fórmula jurídica (y desde sus ribetes históricamente más típicos), la concesión administrativa es un modo de colaboración e intervención (y, en consecuencia, de participación) de los privados en el ejercicio del funcionamiento administrativo. Implica la armonización, conciliación y articulación de intereses diversos: el privado (concesionario) y el público o general (concedente y comunidad), a los fines de dar respuesta a determinadas necesidades colectivas o generales que se manifiestan en ese marco objetivo; demostrando así que en el espacio *iusadministrativo* los sectores público y privado no deben ser vistos como contrarios que se contraponen, sino como sectores que han de complementarse para la consecuente consecución de fines. Hay que advertir que el concesionario no se convierte, merced la concesión, en un elemento estructural o personal de la organización administrativa; y que la fórmula concesional revela (en su trazado más clásico) una de las más antiguas formas de colaboración público-privada que, con altas y bajas en su utilización –allí donde se ha hecho presente dentro del proceso de evolución del Estado constitucional–, ha mostrado, cuando se encuentra bien ordenada y operada jurídicamente, su factibilidad y pertinencia como técnica jurídica para responder a los fines del funcionamiento administrativo.

"*Le concessioni in senso stretto danno vita dunque a rapporti giuridici, propri dil diritto pubblico, con cui si mira semplicemente a creare ex novo nel singolo una facoltà nel campo dell'attività propria a ciascuno degli enti pubblici, conferendogli un «privilegio d'utilità»* (...)"; ver: Forti, Ugo: "Natura giuridica delle concessioni amministrative", en Forti, Ugo, *Studi di Diritto Pubblico*, vol. I, Soc. Ed. del «Foro Italiano», Roma, 1937, p. 367 (este trabajo data de 1900 y fue publicado originalmente en *Giurisprudenza italiana*). Por su parte, el argentino Rafael Bielsa observó: "De manera general se considera a la concesión como la atribución de un poder jurídico de ejecución en parte de la Administración pública (...)"; ver: Bielsa, Rafael: *Ciencia de la Administración*, 2da edición, actualizada, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 107.

Una lectura de las concesiones administrativas desde el texto constitucional cubano

Es hacia el articulado de la Constitución cubana vigente (la de 1976, con las modificaciones introducidas en 1978, 1992 y 2002) donde debe dirigirse la vista, en primera instancia, para buscar el respaldo normativo de mayor jerarquía que ampara jurídicamente el otorgamiento de concesiones administrativas en nuestro país.

Claro está, la apreciación adecuada de las bases constitucionales de las concesiones administrativas en Cuba, no pasan solo por el ejercicio de ubicarlas dentro de algún precepto constitucional que las ampare como categoría jurídica en particular; que contemple la posibilidad de su otorgamiento. Para ser consecuentes con una apreciación adecuada al respecto, debe irse también a la colocación del fenómeno concesional en perspectiva dentro de los principios y resortes constitucionales de la dinámica Estado-Administración Pública-economía-individuos, especialmente del juego funcionamiento administrativo-economía, para precisar qué marca su inspiración existencial y operacional como institución jurídica, dentro del tráfico administrativo público y del Derecho cubano en general.

Con ese planteamiento como telón de fondo, las bases constitucionales de las concesiones administrativas han de quedar comprendidas, entonces, dentro del espacio objetivamente mayor que refiere a las bases constitucionales de la Administración Pública y de la función pública en Cuba; así como a las bases constitucionales de la economía en Cuba o, si se quiere, dentro de la «Constitución económica» cubana.

En rápido y superficial repaso a la letra del texto constitucional cubano, podemos apreciar que es solo en una ocasión donde se emplea expresamente el vocablo *concesiones* –que figura así, en plural–. Esta utilización dentro del texto constitucional, que trae causa de la letra original de la Constitución de 1976,[25]

[25] En el antiguo artículo 10, tal como quedó originalmente redactado en la Constitución de 1976, se señalaba: "El Estado socialista cubano ejerce su soberanía:

a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de Pinos, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre los mismos se extiende;
b) sobre los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos, y los existentes en las aguas suprayacentes inmediatas a las costas fuera del mar territorial en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía sobre cualquier porción del territorio nacional".

se da en el marco del artículo 11, que, por la reforma de 1992, tiene la siguiente redacción:

"El Estado ejerce su soberanía:

a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre estos se extiende;
b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;
c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.

Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera".

Como puede apreciarse, el vocablo *concesiones* aparece incluido en el penúltimo párrafo de ese artículo 11, formulado de un modo simple, en el sentido de que no está acompañado por el calificativo o modificativo que representa *administrativo*, tal como se hace, de ordinario, cuando se habla de *concesiones administrativas*.

En este caso del artículo 11, en el que primeramente se declara el ámbito espacial y objetivo sobre el que el Estado cubano ha de ejercer su soberanía, podemos ver que el uso del vocablo *concesiones* está asociado e incardinado en un contexto de marcado sentido político y de reivindicación nacional; en tanto queda comprendido dentro de una declaración y fijación de postura, que no deja lugar a dudas, de la República de Cuba a propósito de los actos o instrumentos jurídico-internacionales concertados, y sus consecuencias, de los que derivaran implicaciones de menoscabo de la soberanía del Estado cubano. En concreto, ahí debe verse un señalamiento y una evaluación directos, del lado cubano, sobre la ilegitimidad de la permanencia de la base naval norteamericana asentada en territorio de la cubana Bahía de Guantánamo, desde los primeros tiempos de vida de Cuba como Estado (como República) hasta hoy; situación objetiva inspiradora de ese precepto y que ha sido y es punto de conflictividad latente –con ribetes históricos– entre Cuba y Estados Unidos.[26]

Este artículo 10 fue modificado por la Ley de Reforma Constitucional de 28 de junio de 1978, sustituyendo en él el tradicional nombre de Isla de Pinos por el nuevo nombre de Isla de la Juventud.

[26] Sobre esta cuestión, pero, en referencia al entonces último párrafo del artículo 10 del texto primigenio de la Constitución de 1976, podemos recordar lo destacado

Puntualizado el sentido de la utilización del vocablo *concesiones* en el marco del actual artículo 11 constitucional cubano, se hace necesario entonces remontar el perímetro de ese precepto, para buscar elementos normativos de mayor sustancialidad, dentro de la Constitución cubana, en relación con el régimen jurídico de las concesiones administrativas, y, en concreto, con las bases constitucionales de ese fenómeno. El hecho de tener que remontar ese artículo 11, y de ser en él donde único aparece empleado el vocablo *concesiones* dentro de todo el texto constitucional vigente, nos hace adelantar que, en esos elementos de mayor sustancialidad que puedan encontrase al interior de la Constitución, no aparecerá reflejada directamente en la letra de ellos la voz *concesiones administrativas* (o *concesión administrativa*). Por lo que las referencias a estas últimas tendrán allí un talante más que todo indirecto, en un sentido más general, donde ellas pueden o han de quedar comprendidas.

En resumidas cuentas, luego de la reforma constitucional de 1992, los autores que han tocado la cuestión que nos ocupa –en los pocos trabajos que existen al efecto–, han asociado las concesiones administrativas, la posibilidad de su otorgamiento, con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, tal como quedó confirmado a raíz de esa reforma.[27] En dicho artículo 15 se establece:

"Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por estos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;
b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomente o adquiera.

por Álvarez-Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución Socialista*, 1era reimpresión, Editorial Pueblo y Educación, Ciudad de La Habana, 1988, pp. 62 y 63; y Vega Vega, Juan: *Derecho constitucional revolucionario…*, cit., p. 144. Igualmente, de este último, sus comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992, esta vez a propósito del artículo 11, en: Vega Vega, Juan: *Cuba. Su historia constitucional. Comentarios a la Constitución cubana reformada en 1992*, Ediciones Endymion, Madrid, 1997, pp. 166 y 167.

[27] Ver, por ejemplo, lo señalado por: Vega Vega, Juan: *Cuba. Su historia constitucional…*, cit., p. 175; Burguet Rodríguez, René: *Ley de la Inversión Extranjera…*, cit., p. 12; Lanza López, María Teresa: "La concesión administrativa de servicio público", en AA.VV., *Estudios…*, cit., pp. 153 y 154, y el mismo trabajo en AA.VV., *Temas…*, cit., pp. 405 y 406.

> Estos bienes no pueden trasmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la trasmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.
> En cuanto a la trasmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley".

En este hilo argumental, entre las opiniones a destacar está la de René Burguet Rodríguez, quien al comentar la definición que de concesión administrativa se establecía (artículo 2, inciso f) en la antigua ley de la inversión extranjera (Ley No. 77 de 1995), acotaba:

> "Esta institución, en el actual contexto jurídico cubano, guarda directa relación con la posibilidad que establece el Artículo 15 de la vigente Constitución, de trasmitir en propiedad bienes del patrimonio estatal a personas naturales jurídicas, en los 'casos excepcionales en que la trasmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo'".

De nuestra parte, y según hemos tenido oportunidad de dejar anotado ya,[28] es ciertamente en el artículo 15 de la vigente Constitución cubana donde podemos

[28] Ver especialmente: Matilla Correa, Andry: *Introducción al régimen jurídico…*, cit., pp. 62 y ss.; además, de nuestra autoría también: "El sistema concesional cubano", *Revista Peruana de Derecho Público*, Año 2, No. 3, Julio-diciembre de 2001, Editora Jurídica Grijley, Lima, Perú, pp. 149-182; "Cuba y las concesiones administrativas hoy", en *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Derecho Administrativo*, JA 2002-II, suplemento del fascículo n. 1, Buenos Aires, 4 de abril de 2002, Lexis Nexis™, pp. 28-43; "Cuba y las concesiones administrativas hoy", revista *Derecho Constitucional y Administrativo 3*, Director Luis Armando Carello, Editorial Librería Juris, Rosario, Argentina, Noviembre 2002, pp. 201-270; "Panorama histórico de las concesiones administrativas en Cuba", en Berizonce, Roberto O. y Mendoza Díaz, Juan (Coordinadores): *Tendencias Actuales del Derecho Cuba-Argentina*, Jornada Jurídica Cuba-Argentina, La Habana, 3-4 de mayo de 2005, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Derecho Universidad de La Habana, La Plata, 2006, pp. 191 a 230; "Apuntes sobre las bases históricas del régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba", en *Contratación Administrativa Práctica*, Revista de la contratación administrativa y los contratistas, Año 6, Número 8, Noviembre 2006, La Ley, Wolters Kluwer España, S.A., Madrid, pp. 31-74; "Observaciones sobre el régimen legal vigente de las concesiones administrativas en Cuba", en Ferrer-MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coordinadores): *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del dere-*

colocar la referencia al fenómeno concesional y la posibilidad de su existencia dentro de nuestro tráfico jurídico. Eso sí, no asociado allí –como hiciera Burguet Rodríguez en las líneas transcritas precedentemente– al contenido del penúltimo párrafo de dicho artículo. Por la simple razón de que en la dinámica de la figura concesional no se involucra una transmisión (ni parcial, ni total) de la propiedad, o del derecho de propiedad, en lo relativo al objeto a conceder. No es la concesión administrativa un título de transmisión, de transferencia, de enajenación, del dominio o de la titularidad sobre bienes y actividades públicos; sino que es un título para otorgar, temporal y condicionadamente, derechos de explotación, de aprovechamiento, de ejecución, de gestión, en lo correspondiente, sobre ciertos bienes y actividades de carácter público.

De ahí que si hay que buscar el posible asidero constitucional de las concesiones administrativas al interior del artículo 15 de la Constitución, no ha de ser sino a partir del último párrafo de ese artículo, en tanto las concesiones, cuando involucran el aprovechamiento de bienes del patrimonio público (demaniales, de dominio público, para ser más exactos), resultan un modo de otorgar o transmitir ese tipo de derecho (de explotación, de aprovechamiento, de utilización privativa), que es, en su naturaleza, diferente al de propiedad. Y es esencialmente a este tipo de derechos (de explotación, de aprovechamiento, de utilización privativa), diferentes al de propiedad, a los que allí se alude bajo la fórmula «otros derechos sobre estos bienes»; mandando la Constitución que, en esos casos, «se actuará conforme a lo previsto en la ley».

En apoyo de lo anterior, téngase en cuenta que en el desarrollo teórico y práctico de la categoría concesional a lo largo de estos últimos dos siglos, ella ha sido enfocada desde diversas perspectivas, tanto en ángulos formales como materiales, llegándosele a entender como: acto o contrato, procedimiento, título jurídico-administrativo, técnica jurídica, documento formal; como forma o modo de realizar una obra pública, de gestionar un servicio público y de explotar privativamente un bien de dominio público; y, en lo que nos es útil aquí, como un *derecho*.

Como ilustración de este último aspecto, recordemos que en el Derecho español un autor como Sabino Álvarez-Gendín sostenía que la concesión administrativa:

> "Es un Derecho otorgado por la Administración a un particular o Empresa para realizar o prestar algún objeto, algún servicio, de la incumbencia propia y exclusiva de aquélla, y sujeto a tarifa la explotación".[29]

---

cho, t. XII, *Ministerio público, Contencioso administrativo y actualidad jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, México, D.F., 2008, pp. 321-362.

[29] Álvarez Gendín, Sabino: *Los contratos públicos*, Editorial REUS, S.A., Madrid, 1934, p. 202. Con anterioridad, Álvarez Gendín se había expresado de una manera muy similar en "La concesión y el contrato de Derecho Público", *Revista*

En Cuba, en una obra de Derecho Administrativo del primer cuarto del siglo XX, su autor, Eduardo R. Núñez y Núñez, recogía que el verdadero concepto de la *concesión administrativa* se expresa diciendo

> "(...) que es un derecho temporal de aprovechamiento, a cambio del cual el concesionario paga una cuota".[30]

Siguiendo esta línea, y circunscribiéndonos al caso particular de las concesiones administrativas de bienes de dominio público, igualmente hay que destacar que una autorizada doctrina ha tenido a la concesión administrativa como un modo de constituir o crear un derecho real de carácter administrativo sobre bienes públicos,[31] o como un derecho real (administrativo).[32]

General de Legislación y Jurisprudencia, Año LXXIX, t. 156, Editorial REUS (S.A.), Madrid, 1930, pp. 441 y 442; después en su *Manual de Derecho Administrativo*, Librería General, Zaragoza, 1941, p. 62; también en *El servicio público (Su teoría jurídico-administrativa)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, p. 64; y en su *Tratado General de Derecho Administrativo*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, t. I, p. 502. Ver, entre otros ejemplos, a: Saravia, Guillermo Alberto: "Naturaleza jurídica de las concesiones de servicio público", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, No. 4 – 5, Año IX, 2ª parte, septiembre-diciembre de 1945, 1946, Universidad Nacional de Córdoba, Imprenta de la Universidad, Córdoba, p. 60: "(...) *concesión*, en general, es el derecho que una persona obtiene del Estado, para la explotación de algo que pertenece a aquél".

[30] Núñez y Núñez, Eduardo R.: *Tratado de Derecho Administrativo*, (Con arreglo al Programa de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique Hernández Cartaya), 3era edición, Imprenta "Casa Girón", Habana, 1920, t. II, p. 245. Enrique Hernández Cartaya, antiguo profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de La Habana, dejó escrito de mano propia: "Una concesión, por su naturaleza, es un usufructo temporal de derechos públicos, correspondientes a entidades administrativas, que los readquieren al finalizar la misma por la facultad llamada de reversión"; Hernández Cartaya, Enrique: *El Mercado Único y la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de la isla de Cuba*, Informe Legal, Imprenta "El Siglo XX" de la Sociedad Editorial Cuba Contemporánea, La Habana, 1919, p. 27.

[31] En ese sentido, por ejemplo, Maurice Hauriou concluía: "*Le mode ordinaire d'aliénation ou de constitution de droits réels entachés de précarité sur le domaine public est la concession*"; ver: Hauriou, Maurice : *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Onzième édition, Société Anonyme du Recueil Sirey, Paris, 1927, p. 653. También: Rigaud, Louis : *La théorie des droits réels administratifs*, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, Libraire de la Société du Recueil Sirey, Paris, 1914, p. 304. Ver asimismo, entre otros: González Pérez, Jesús: *Los derechos reales administrativos*, Ediciones Civitas, S.A., Madrid, 1975, p. 58; Lafuente Benaches, María Mercedes: *La concesión de dominio público. (Estudio especial de su caducidad)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1988, p. 29; Fernández Acevedo, Rafael: *Las concesiones administrativas de dominio público*, Thomson-Civitas, Editorial Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2007, p. 242.

[32] Niceto Alcalá-Zamora entendía: "La concesión como derecho real, puede definirse diciendo que es *la explotación de cosas o derechos procedentes del dominio público*,

Así las cosas, y a partir de esta dinámica interpretativa que hemos señalado, puede verse incardinada la presencia de las concesiones administrativas dentro de lo dispuesto en el artículo 15 constitucional; una presencia indirecta, en tanto no hay una referencia expresa y nominal a ellas, pero queda involucrada propiamente dentro del fenómeno genérico que trasunta el enunciado de «otros derechos sobre estos bienes» de propiedad pública. Como ya hemos dicho, una consecuencia fundamental de esa incardinación y de la relación que a raíz de ello se puede establecer entre nuestra Constitución y las concesiones administrativas, es que ese artículo 15, último párrafo, del magno texto jurídico cubano, aporta la justificación constitucional para la presencia de la figura concesional dentro del tráfico *iusppúblico* patrio: y ha de ser tenido, de acuerdo con el marco jurídico ordenador vigente al efecto, como el primero y superior de los preceptos habilitantes para el otorgamiento de concesiones administrativas en nuestro país.

Ahora bien, en la sinergia que se puede establecer entre lo regulado en la Constitución y lo relativo al universo jurídico de las concesiones administrativas en Cuba, el análisis no debe quedar sólo en ese punto –en cierta medida superficial si solo nos enfocamos en él– de identificar, a nivel constitucional, el precepto habilitante para el otorgamiento de concesiones administrativas en nuestra realidad, pues hay otros aspectos trascedentes que no deben ser desdeñados, para comprender en su justa dimensión el acabado de esa sinergia y, por ello, el planteamiento –en lo formal y en lo sustancial– de las bases constitucionales, y más generales entonces, del régimen jurídico concesional cubano.

Al colocar la referencia constitucional dentro del artículo 15, último párrafo, algunas ideas más pueden aflorar para complementar lo dicho en el párrafo anterior.

De un lado, nótese que las mismas quedan ubicadas dentro de un precepto que enuncia los componentes de la «propiedad estatal socialista de todo el pueblo», empleando esa categoría genérica (de por sí confusa e imperfecta, al menos jurídicamente hablando) sin distinguir en ello, a ese nivel, los bienes que han de quedar sujetos al régimen jurídico-público, de dominio público o demanial, y los que han de quedar sujetos a un régimen patrimonial o de Derecho Privado; distinción que se justifica por el hecho de que no todos los bienes de los que puede ser titular el Estado o un ente público están sujetos necesariamente a un régimen de Derecho Público.

De esa manera, al tener que ligar la referencia constitucional de las concesiones administrativas al marco de la transferencia de derechos diferentes del de propiedad sobre bienes «propiedad estatal socialista de todo el pueblo», según la lectura del artículo 15 constitucional, último párrafo, la figura

---

mediante aprovechamientos determinados y obligatorios, subordinados a fines de interés general y sometidos a la autoridad. Es en sintética expresión, en compendio, *la explotación limitada del dominio público*". Alcalá-Zamora, Niceto: ob. cit., p. 29.

concesional administrativa queda aquí comprendida en un contexto imperfecto e insuficiente en el diseño constitucional que le atañe, así como enganchada en la cierta lógica patrimonialista en la que han quedado atrapadas las concepciones de lo público y lo privado en nuestro país[33] y que la constitución refleja en buena medida.

En esa lógica de ideas, debe verse que no solo hay concesiones administrativas sobre bienes, sino que es ese solo uno de sus supuestos objetivos (concesión de bienes públicos) más típicos como categoría jurídica; y que no todo supuesto de concesión administrativa (de obras o servicios públicos) implica necesariamente el otorgamiento de derechos privativos o especiales sobre bienes de dominio público.

Siguiendo en el camino de la exégesis del artículo constitucional que nos ocupa, podemos encontrar que en él se establece un ámbito subjetivo limitado, en relación con aquellos sujetos que pueden tener la condición de concesionarios, en tanto en su letra se señala que la «trasmisión de otros derechos sobre estos bienes» que el artículo 15 enumera, será «a empresas estatales y otras entidades autorizadas». Quiere ello decir que cualquier sujeto interesado no puede ser concesionario en Cuba, si no es una empresa estatal o una «entidad autorizada» a participar en el tráfico jurídico-económico nacional. Idea esta última relacionada, especialmente –aunque de la redacción no puede tenerse como en exclusiva– con las formas de participación del capital extranjero dentro de dicho tráfico.[34] Y es que la reforma constitucional de 1992, entre una de la miras que tuvo, fue la de crear un marco constitucional más propicio para dar un mayor espacio a la inversión extranjera en nuestro país.

Vista así esta cuestión, la posibilidad que abriera el artículo 15 constitucional a tenor de su actual regulación, en lo que a concesiones administrativas respecta, no es solo la de dar cabida a la gestión concesionada de ciertas actividades administrativas (que difiere en sí de la gestión directa) por empresas estatales (públicas), sino, en especial, a la partición en esa gestión concesionada del capital extranjero (a través de las formas organizadas al respecto previstas en nuestra normativa). Lo que, en comparación con el momento anterior de la reforma de 1992, en la previsión constitucional, implica un ensanchamiento en el ámbito

[33] En buena parte del discurso político y social imperante entre nosotros desde hace mucho tiempo lo público y lo privado se vienen entendiendo desde el tipo de propiedad (pública o estatal privada), criterio que pone la mira en el medio y no en los fines esenciales que esos segmentos (público y privado) implican.

[34] Recuérdese que en el artículo 23 constitucional se regula: "El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley.
El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan".

subjetivo de quienes pueden participar en la gestión de actividades económicas de interés general, integradas dentro del espacio de titularidad pública.

Por otro lado, al contener las previsiones subjetivas apuntas en relación con su último párrafo, el artículo 15 de la Constitución, y en lo que al tema concesional administrativo respecta, que es el que aquí nos interesa, marca igualmente una limitación al ámbito subjetivo de los potenciales concesionarios en Cuba, estableciendo para gozar de esa potencialidad que tengan la condición de «empresa estatal» o, en una expresión más abierta e indeterminada, la de «entidad autorizada». Como la práctica hasta el día de hoy ha demostrado, los supuestos más típicos de concesionarios en Cuba son los casos de las empresas estatales y –a partir de la catalogación como «otras entidades autorizadas»– las empresas mixtas.

Otra cuestión a contemplar en relación con el régimen jurídico de las concesiones administrativas, dentro de la regulación constitucional contenida en el artículo 15, último párrafo, que comentamos, tiene que ver con el elemento teleológico que figura en la letra de ese propio precepto; en tanto allí se especifica que «la trasmisión» de los derechos que el mismo involucra a «empresas estatales y otras entidades autorizadas» será «para el cumplimiento de sus fines». Lo que haría entender, en una primera lectura, que la trasmisión de esos derechos sería para el cumplimiento de los fines de las empresas estatales y las entidades autorizadas.

Ante ese panorama teleológico que cifra el artículo 15 constitucional, colocándolo en la perspectiva de las concesiones administrativas, se presentan algunas ideas que nos hacen pensar que la interpretación al efecto debe abrirse en un espectro mayor que el que parece indicar la literalidad de la letra de ese artículo 15, para ser consecuentes y coherentes con el propio marco constitucional cubano y con los fines existenciales y funcionales que determinan una figura *iuspública* como la concesión administrativa.

El análisis de la cuestión teleológica que se señala en este artículo, nos coloca en dos planos que no deben tenerse como escindibles para aportar al entendimiento de lo que aquí nos motiva, pero que son en cierta medida diferentes. En este orden de ideas, se manifiestan dos tipos de fines que podemos catalogar: de un lado, como más en relación con el carácter instrumental de los medios económicos de participación pública utilizados (empresa estatal, entidades autorizadas), y de los medios económicos en sentido general; y, de otro lado, como más conectado con el espacio mayor de los fines a los que ha de servir el funcionamiento *iusadministrativo* o *iuspúblico*, y hacia los que necesariamente deben alinearse tales medios económicos públicos.

En lo atiente a lo primero, debe tomarse en cuenta que las empresas estatales (con mayor propiedad, las empresas públicas) cumplen fines públicos, en tanto son instrumentos de organización y de actuación económica pública. Lo mismo puede pensarse de las «entidades autorizadas» cuando hay participación en ellas del sector público (típicamente: empresas mixtas) en el grado que sea.

No así cuando esas «entidades autorizadas» sean de capital privado y no haya participación pública en ellas, sin embargo pueden ser utilizadas para cumplir indirectamente fines públicos, en tanto habilitadas para actuar directamente en el marco del funcionamiento público o aprovechando bienes demaniales. Quiere ello decir que las aportaciones de «la trasmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas», tal como refleja el artículo 15, último párrafo de la vigente Constitución cubana, debe tenerse como una aportación patrimonial –el derecho transmitido o que se crea entra a formar parte del patrimonio de la «empresa o entidad»– en función de que estas puedan operar la actividad económica que las signa, y a través de esa operación enfilarse al cumplimento de los finalidades particulares que las determinan como instrumentos específicos para una actuación económica con trascendencia pública, directa o indirectamente considerada.

A pesar de ello, no debe quedarse la interpretación en un plano estrecho, en tanto el otorgamiento de concesión administrativa no puede verse solo como una forma de coadyuvar o para determinar que una empresa o entidad económica en concreto, pública o privada, pueda cumplir los objetivos específicos que le asisten. Sobre este plano aludido, planea una proyección mayor, inexcusable, por cuanto la concesión administrativa es, ante todo, medio de la actividad pública para la consecución de determinados fines públicos, colectivos, generales, comunes o de bien común (dejando a un lado las precisiones conceptuales). De ahí que el otorgamiento de una concesión administrativa no debe estar determinado primariamente, ni solo, por el cumplimiento de los fines existenciales del concesionario (entendido incluso como público, ni mucho menos cuando es privado); sino que, en última instancia y en lo fundamental, ese otorgamiento debe estar marcado por el hecho de ser el modo más pertinente, objetivo y eficaz (en todo lo que estos conceptos implican) para atender cierta necesidad pública relacionada con el plano objetivo al que se refiere y, por esa vía, darle respuesta a los intereses que en ella se manifiestan.

En la línea argumental descrita, téngase en cuenta que el artículo 15 constitucional, en la parte que nos ocupa, se refiere a derechos sobre bienes de «propiedad estatal socialista de todo el pueblo». Expresión que en un ejercicio de búsqueda técnico-jurídica más ajustado conceptualmente al Derecho y a la realidad de las cosas, la interpretamos como derechos sobre bienes de titularidad pública, tanto en régimen de Derecho Público como en régimen de Derecho Privado. A tenor de ello, y ajustándonos al marco objetivo de la concesión administrativa, pues debemos mirar al dominio público y al régimen de Derecho Público que es el que encuadra sustancialmente a esa figura jurídica en su especie de concesión de bienes de dominio público.

Lo planteado en el párrafo anterior no es algo ocioso en esta argumentación que trazamos, sino que es punto insoslayable para entender que solo el otorgamiento de un «derecho» de concesión a los efectos de que las empresas estatales y las entidades autorizadas (con participación pública, o privadas) cumplan

sus fines como sujetos en el tráfico económico no puede ser, ni es, la causa ni la finalidad para un otorgamiento de esa naturaleza. De tal suerte, y en conjunción con lo dicho, los otorgamientos de derechos privativos o especiales de aprovechamiento o explotación sobre el dominio público, encuentran también su finalidad cualitativamente más relevante en el interés público a cuya satisfacción sirven como instrumento jurídico, y no solo en el interés del sujeto que se ve beneficiado con ese otorgamiento.

Precisado esto, creemos que lo más coherente con el marco constitucional cubano vigente y con la realidad sociopolítica y administrativa que nos circunda y determina, es colegir que lo que ha de quedar implicado en la expresión «para el cumplimiento de sus fines» del artículo constitucional, último párrafo, en la órbita específica del fenómeno concesional, no es que las concesiones administrativas en Cuba han de servir solo, o primariamente, a los intereses de la empresa estatal (pública), ni como medio de fomentar y apoyar la asociación económica del Estado con la inversión extranjera (o con el capital privado, en más largo aliento) o de fomentar y apoyar esa inversión extranjera (y capital privado, en más largo aliento), según las formas previstas normativamente que esta adopta entre nosotros. Sino que lo que ha de quedar implicado en esa expresión es además que dichos otorgamientos han de perfilarse también para cumplir los fines que entre nosotros determinan la intervención pública en la economía, y la actuación pública en sentido general.

Como medios de política económica y de actuación económica pública, las concesiones administrativas deben alinearse con los fines que la propia Constitución vigente le señala al Estado cubano en el marco de la actividad económica nacional, y que aparecen nítidamente recogidos en el artículo 16 constitucional, primer párrafo, al refrendarse allí:

> "El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país, a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país".

Asimismo, con instrumentos de actuación del Estado, como medios del funcionamiento estatal (en nuestro caso), público en definitiva, las concesiones administrativas en Cuba deben también, y como marco teleológico superior, ordenarse y responder a los fines generales del Estado cubano que señala el artículo 1 de la Constitución, cuando regula que

> "Cuba es un Estado socialista (…) para el bien de todos, (…), para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana".

En tiempos de necesidad de transformaciones en el sector público, de búsqueda de mejores y mayores resultados en el funcionamiento público, de dar respuestas eficaces a mayores aspiraciones socioeconómicas, no hay nada mejor como brújula para no perder el rumbo en el empeño, que mirar incesantemente a postulados como los advertidos, que no solo son postulados normativos, constitucionales, superiores, sino que son, sobre todo, mandatos populares, en tanto la Constitución (y la nuestra lo es) es forma de expresión de la voluntad popular de carácter supremo.

Finalmente, tenemos que decir que la formula que emplea como cierre el artículo 15, último párrafo, de la Constitución cubana, de que «se actuará conforme a lo previsto en la ley» en «cuanto a la trasmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas», opera como una remisión a la legislación ordinaria (en nuestra visión con forma y fuerza de ley) como el marco jurídico para ordenar normativamente lo atiente a esos supuestos. Lo que nos hace volver sobre la idea de recordar lo que se ha logrado al efecto, pero lo mucho que queda por hacer para dotarnos en Cuba de un marco normativo acabado en lo que a concesiones administrativas se refiere.

Mas, esas cuestiones han de ser para otro momento más propicio que este espacio que hemos ocupado con lo escrito hasta aquí.

Notas sobre las perspectivas de las asociaciones público-privadas en el contexto cubano

Fernando Monzón Páez*

La actividad empresarial del Estado es un fenómeno relativamente reciente, cuyo auge se ubica con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial; no solo en los países socialistas, sino también en los occidentales. En los primeros con las políticas nacionalizadoras, y en los segundos con la cada vez más creciente intervención estatal en la economía. La empresa nacionalizada en los países socialistas se impuso como novísima figura que generó la aparición progresiva de un régimen jurídico propio distinto a la escisión clásica de los ordenamientos legales de lo público y privado. Por su parte, en los países occidentales, el surgimiento y proliferación de la empresa pública quebró definitivamente el paradigma del derecho administrativo que ahora no solo regularía las relaciones jurídicas enmarcadas en la actuación de los entes públicos, sino también estaba llamado a ocuparse de aquellos que, si bien tenían su espectro de actuación dentro de la organización general del Estado, poseían forma de derecho comercial, estaban sometidos a normas preponderantemente mercantiles y tenían una finalidad industrial o de comercio. El Derecho administrativo tuvo que transformarse por este proceso de intervención del Estado en la economía, y en particular, por la intervención activa a través de la asunción de empresas.[1]

Hasta este momento dicha intervención se definía mediante las clásicas funciones administrativas de policía, fomento y servicio público; resultado, además, de las mutaciones del Estado liberal anterior a la década del cuarenta. Sin embargo, el fenómeno enunciado condujo a la configuración de un Estado regulador y planificador que, además, deviene en empresario; ambos roles determinados por la gestión económica como promotor y agente del desarrollo económico-social.

Como se evidencia a partir de lo antes expuesto, el fenómeno descentralizador y las concepciones económicas y jurídicas que lo explican y regulan, no resultan novedad para el Derecho Administrativo porque, con independencia de los puntos discrepantes que del fondo del asunto puedan evidenciarse entre un

* Licenciado en Derecho. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] Brewer-Carias, Allan R.: Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela, 2da. Edición, Colección de Estudios Jurídicos, No. 9, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981.

autor u otro,[2] el consenso doctrinal ubica el tema en el seno más intrínseco de esta rama. La evolución de la denominada administración descentralizada se ha caracterizado, entre otros factores, por la presencia de una amplia gama de variantes organizativas y regímenes jurídicos; sin embargo, la constante o denominador común se ha movido siempre en torno a la concepción de interés público.

En este contexto, las Asociaciones Público-Privadas (APP), como técnica de gestión económica, han adquirido, de a poco, relevancia mundial, en consonancia con la necesaria incorporación de recursos y experiencia del sector privado a fin de garantizar la eficiencia y eficacia de la Administración Pública en el suministro de bienes y la gestión de servicios públicos. No resulta novedad, igualmente, para el Derecho Administrativo la interrelación de actores públicos y privados en el ejercicio de las funciones públicas; lo que ocurre, fundamentalmente, por el reconocimiento de que ninguno de ellos está dotado de conocimiento e información suficientes para solucionar las problemáticas que el contexto actual devela para el ejercicio de la función administrativa.

Se ha hecho habitual la incorporación del fenómeno de las *Public-Private Partnership* (PPP) en múltiples escenarios académicos y foros de debate; sin embargo, no existe aún una definición unitaria de la figura como institución jurídica; lo que ha tenido un reflejo negativo en la práctica al entenderse de manera distinta por las diferentes administraciones. Influye, además, al decir de José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, el hecho de que, al haberse acuñado el término en el Reino Unido, son los británicos quienes lo han asumido como propio; situación que ha llevado a que, "desde muchos foros, se considere que las únicas PPP son las que tienen su origen en Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen".[3] En contraste con tal aseveración, como plantean los propios autores, países como España, Chile, México, Colombia, entre otros, promueven con éxito esquemas de Participación Público-Privada desde hace años. Desde el punto de vista legislativo, la primera ley sobre APP en Latinoamérica fue la de Chile en 1996, seguida

[2] No debe desconocerse, en este asunto, la existencia del Derecho Económico como rama jurídica independiente, muy relacionada con la temática en análisis, a pesar de la histórica pugna doctrinal. Así, por ejemplo, expone Gaspar Ariño Ortiz que es a este nuevo derecho de la intervención económica, que surge con el cambio de sentido de la acción del Estado tras la crisis del modelo liberal, al que se llamará Derecho económico o Derecho de la Economía, que se sitúa un poco a caballo entre el derecho mercantil (derecho de los negocios, corporate law) y el derecho administrativo (derecho público, constitucional y administrativo, que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía). Vid. Ariño Ortiz, Gaspar: Principios de Derecho Público Económico, Ed. Cordillera S.A.C, Bogotá, 2003, p. 65.

[3] Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael: *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*, Ed. Corporación Andina de Fomento, 2010, p. 104. Disponible en: www.caf.com/publicaciones, consultado el 24 de octubre de 2015.

por Costa Rica (1998), Brasil (2004), Perú (2008), Honduras (2010), Uruguay (2011), México y Colombia (2012).

Para una APP (o PPP por sus siglas en inglés) es premisa fundamental el principio de eficiencia y eficacia de la administración pública en pos del ejercicio de la función administrativa (en especial su vertiente económica) con una calidad superior lograda al menor costo posible a fin de garantizar la satisfacción del interés general, cometido fundamental de la Administración Pública. Resulta relevante, además, la distribución de responsabilidades en la concreción del esquema asociativo en tanto; desde un ángulo económico trasciende la distribución de los riesgos entre ambos actores y, desde la perspectiva de la ordenación, se requiere regular eficazmente la institución, fundamentalmente la asignación de competencias.

En tal sentido, no asistimos a la configuración de una APP con la verificación de una mera relación público-privada para la producción de bienes, prestación de servicios o construcción, mantenimiento y explotación de infraestructura, sino que ha de concretarse un esquema de verdadera colaboración que tenga como finalidad la satisfacción de un interés general. A propósito de lo anterior, en el Libro Verde sobre colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, publicado en el 2004 por la Comisión de las Comunidades Europeas,[4] se establecen determinadas características que debe cumplir toda APP (PPP):

1. La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
2. El sector privado debe participar en la financiación.
3. El sector privado debe tener participación en la explotación de la infraestructura, bien o servicio.
4. La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

El propio Libro verde establece una clasificación básica de las APP (PPP) en contractuales e institucionales. En las primeras, el vínculo entre el sector público y el privado se materializa mediante un contrato concertado *ab initio*, instrumento jurídico que configura la relación, donde se pactan las responsabilidades que asume cada actor. Sin embargo, las APP no constituyen una nueva tipología contractual, sino que se trata de un esquema o modelo con características jurídicas propias y novedosas, dentro del cual pueden desarrollarse diversas figuras contractuales.[5] En las segundas, el vínculo se verifica con la

[4] *Vid.* Comisión de las Comunidades Europeas: *Libro Verde sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM(2004), 327 Final, Bruselas, 30.4.2004. Disponible en http://europa.eu.int consultada el 24 de octubre de 2015.

[5] No obstante, existen autores que definen a la APP como un contrato mediante el cual un gobierno encarga a un privado el financiamiento, la construcción, la

participación conjunta de ambos sectores a través de la creación de un ente encargado de la gestión del servicio público, la producción de bienes o la construcción, mantenimiento y explotación de infraestructura.

Mediante la concreción de una APP puede promoverse la gestión conjunta de proyectos entre los sectores público y privado y deviene mecanismo de incentivo para compatibilizar los intereses de ambos actores, por lo que contribuye a garantizar el principio de eficiencia y eficacia de la Administración Pública a través de la consecución de fines comunes en *status* de equilibrio.

Aunque se trata de una institución relativamente reciente, su naturaleza jurídica se ha definido en muchos ordenamientos jurídicos a través de la teoría de la contratación administrativa o como alternativa del régimen tradicional de privatización. En consecuencia, uno de los retos teóricos que con urgencia ha de asumirse es dotar a la figura de identidad jurídica propia.

Sin pretender cumplir dicho cometido con este breve acercamiento a la técnica en análisis, debe entenderse por asociación público-privada, en sentido general, la unión o vinculación voluntaria de capitales públicos y privados para la consecución de un fin público dentro de un esquema de colaboración, con la correspondiente distribución de riesgos y responsabilidades, sometida a un régimen jurídico mixto de Derecho público y privado.

Los principios rectores de las APP están en correspondencia con el autor que acometa su sistematización; sin embargo, pueden mencionarse siete que resultan fundamentales:

1. Eficiencia en el cumplimiento de la función administrativa.
2. Valor por dinero (*value for money*): el privado debe ofrecer mayor calidad a un determinado costo o iguales resultados de calidad a menor costo. Lo que se persigue es maximizar la satisfacción de los usuarios y optimizar el valor del dinero proveniente de los recursos públicos.
3. Transparencia: toda la información cuantitativa y cualitativa que se utilice para la toma de decisiones en las etapas de evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas deberá ser de conocimiento público.
4. Indelegabilidad de las funciones de regulación y del poder de policía del Estado. La construcción teórica *iuspública* incorpora notas en torno a la posibilidad de la Administración Pública de ejercitar prerrogativas que le son propias *ex lege* y se concretan, fundamentalmente, en potestades de dirección, inspección, control y el *ius variandi.*
5. Asignación adecuada de riesgos: los riesgos deben asignarse a aquel que tenga mayor capacidad para administrarlos a un menor costo, considerando siempre el interés público y las características del proyecto.

operación y el mantenimiento de una obra de infraestructura pública. (Engel, Eduardo; Fischer, Ronald y Galetovic, Alexander: "Economía de las asociaciones público privadas. Una guía básica", *Colección de Lecturas*, 105, El Trimestre Económico, Fondo de Cultura Económica, México, 2014).

6. Responsabilidad presupuestal o fiscal: capacidad del Estado para adquirir los compromisos financieros.[6]
7. Respeto a los intereses y derechos de los usuarios de los servicios públicos y de los entes privados involucrados en los emprendimientos públicos.

Los proyectos de APP poseen incontables ventajas; sin embargo, es latente el peligro de que las administraciones públicas empleen la técnica, más que como medio para incrementar la eficiencia y calidad del sistema, como mecanismo para acometer inversiones de dudosa claridad desde un punto de vista social. "Aquí se presenta el caso de la aplicación indiscriminada del peaje sombra y el caso de la creación de sociedades instrumentales, cuyo único objeto es disfrazar el verdadero costo que tiene una infraestructura para la sociedad".[7]

Cuando los proyectos de APP son ejecutados correctamente, previo a una adecuada articulación de la institución como técnica jurídico-administrativa, se traduce en un uso más eficiente del gasto público y canalización de los recursos disponibles hacia donde más repercusión positiva tenga para la sociedad. Entre sus ventajas se encuentra el aprovechamiento de la experiencia y los medios de financiamiento y desarrollo de infraestructura con los que cuenta el sector privado; lo que ha propiciado la participación privada como elemento para desarrollar infraestructura básica y prestar ciertos servicios públicos. Igualmente, pueden identificarse otros factores que han contribuido a la difusión y generalización de esta técnica, como la ineficiencia del modelo tradicional de administración de infraestructura pública y prestación de servicios, la insatisfacción de los usuarios respecto a la calidad de estos y la demanda de los administrados respecto a la eficacia y eficiencia en la administración y destino de los recursos públicos.

Introducir el tema de las APP en el caso cubano resulta un arduo cometido, fundamentalmente si se hace desde el prisma *iuspúblico*, pues no podría analizarse una institución de índole tan particular sin antes transitar por el estudio de problemáticas presentes en el contexto patrio referidas a asuntos como la constitución económica, la intervención del Estado en la economía y el fenómeno descentralizador. Atención especial merece el contrato administrativo como institución jurídica por su particular evolución histórica[8] y estado actual del

---

[6] *Vid.* Ramallo Massanet, Juan: "El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada", trabajo presentado en el Seminario sobre El Control Externo de las Administraciones Públicas V: Avanzando en la Evaluación de Políticas, organizado por la Audiencia de Cuentas de Canarias en la Universidad de Verano de Maspalomas, 9 de julio de 2007. Disponible en www.dialnet.com, consultado el 24 de octubre de 2015.

[7] *Vid.* Vassallo Magro, José Manuel e Izquierdo de Bartolomé, Rafael: ob. cit., p. 110.

[8] *Vid.* Matilla Correa, Andry: "Panorama general del Derecho Administrativo en Cuba", en González-Vara Ibáñez, Santiago (Director), *El Derecho Administrativo*

debate a la luz de las nuevas condiciones económicas, políticas, sociales y jurídicas de Cuba, que asiste hoy a la reforma de su modelo económico. De este modo, el régimen jurídico de la contratación pública en Cuba se encuentra distante de alcanzar un desarrollo técnico-jurídico sólido; al no contar con un ordenamiento específico en la materia y los instrumentos regulatorios y técnicas jurídicas se sustenta sobre la base de construcciones doctrinales de derecho común, lo que actúa como límite a la asunción y aplicación de los principios sobre los que se construye la propia técnica de la contratación administrativa, de vital significación a efectos de los presupuestos teóricos sobre los que se erige la APP, fundamentalmente la denominada "contractual".

En la Cuba actual, la expresión "actualización del modelo económico" ha sido preponderante a partir de que desde el discurso político se reconoció a la economía del país como pilar para la sostenibilidad y preservación de nuestro sistema social. La necesidad de cambio se sustenta en la existencia de un modelo económico disfuncional caracterizado por un pobre desarrollo de la innovación, exportaciones nulas o poco diversas, subutilización del suelo agrícola; desinterés por el trabajo motivado, en parte, por decrecimiento del ingreso real de los trabajadores; una economía de escasez donde la supervivencia de las empresas depende, por encima de todo, del cumplimiento de directivas del plan y un sistema productivo muy débil con magnas obsolescencias en materia de tecnología.

Asimismo se define que el diseño proyectado para Cuba se caracteriza por tres pilares primordiales: principios y valores, en tanto se asegura la continuidad del sistema socialista; rompimiento con conceptos erróneos y prácticas obsoletas, como fundamento y grupos de políticas públicas a través de los cuales se implementa el modelo; esto último incluye, por supuesto, el marco regulatorio e institucional.

Lo trascendental en la interrelación de estos postulados a efectos de su funcionalidad y concreción en la práctica, es encontrar el punto de equilibrio que asegure que todos se manifiesten en su justa medida. Dicho de otro modo, el control sobre cada uno de esos presupuestos nos ilustrará sobre la eficacia de las medidas adoptadas a efectos de materializar la reforma.

No existen dudas de que la APP, como medio sostenible para garantizar el interés general, ofrece innumerables ventajas desde el punto de vista económico y jurídico; sin embargo, se requiere, a efectos de su desarrollo y funcionalidad, de tres premisas que se erigen como requisitos *sine qua non*: voluntad política, seguridad jurídica y combinación equilibrada de regímenes jurídicos público y privado.

En el contexto cubano es trascendental, en primer orden, el reconocimiento de la existencia de un sector público y uno privado; así como la necesidad de interacción de ambos en el escenario actual.

Iberoamericano, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

Asimismo, resulta imprescindible garantizar el principio de seguridad jurídica mediante la eficaz ordenación de la contratación pública y de las APP como técnica *iusadministrativa* dentro de la actividad económica de la Administración. Dicho cometido regulador requiere de adecuadas construcciones teóricas de las instituciones a fin de asegurar su funcionalidad. Sería inútil el propósito de introducir en Cuba la técnica en análisis sin antes definir con atinada configuración teórica la naturaleza jurídica de los actores económicos; los de naturaleza pública (organizaciones superiores de dirección empresarial,[9] empresas estatales, sociedades de capital público)[10] y los integrantes del sector privado, fundamentalmente las cooperativas y los trabajadores por cuenta propia.

Consecuentemente debe definirse con técnica precisa el modelo de organización administrativa. Esto evitaría errores conceptuales tales como la identificación de la subordinación como expresión exclusiva del principio de centralización y que en el propósito de apartarse de un modelo centralizado se incurra en deformaciones teóricas en materia de relaciones entre entes administrativos. Asimismo, la institucionalidad deberá consumarse con base sólida en el principio de legalidad que engendra vinculación positiva de la Administración en el ejercicio de la función administrativa. En la propia línea analítica, se coloca en el debate uno de los temas que se ha incorporado al discurso político y ha constituido asunto medular en el reordenamiento institucional de la Administración Central del Estado cubano: la pretendida "separación de funciones estatales de las empresariales"; contenido que se encuentra contemplado con varias referencias en los propios Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, asociado a la elevación de responsabilidad sobre la eficiencia, eficacia y el control en el empleo del personal, los recursos materiales y financieros.

Tal escisión, sin embargo, resulta improbable, al menos, en consonancia con la configuración constitucional de nuestro Estado, partiendo de pautas tan definitivas como el principio de centralización democrática, la prevalencia de la

---

[9] Si bien la naturaleza jurídica de la organización superior de dirección empresarial no se encuentra definida con delimitación precisa en el ordenamiento jurídico cubano, es clara su configuración como ente administrativo instrumental en pos del ejercicio de la función empresarial. La característica esencial de estos entes está determinada por el principio de instrumentalidad que define su naturaleza jurídica y su relación con la Administración matriz. *Vid.* García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo I*, 15ta. edición, Ed. Aranzadi SA, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 395-432.

[10] *Vid.* Cosculluela Montaner, Luis y López Benitez, Mariano: *Derecho Público Económico*, 2da. Edición, Ed. Iustel, Madrid, 2008, pp. 30 y 31; y Viloria V. Enrique: "El concepto de empresa pública. Los cuatro elementos de una definición", en *Revista de Derecho Público*, No. 19, Caracas, 1983, p. 94.

propiedad social sobre los medios fundamentales de producción y el mantenimiento de la base estructural de propiedad.

El análisis foráneo parte del incremento paulatino de la intervención del Estado con un desempeño cada vez más activo en la economía, sin embargo el examen en el caso cubano debe tomar como punto de partida el soporte constitucional contenido en los artículos 16 y siguientes de nuestra Carta Magna.[11] El Estado cubano siempre será entonces el mayor empleador, comprador, financista, inversionista, constructor y empresario. Para el Estado cubano "separar" las funciones empresariales de las estatales resulta improbable y evidencia un vicio de constitucionalidad. En primer lugar, porque no se trata de dos funciones independientes, sino que entre ambas existe una relación de género-especie, en tanto la función económica (incluye el ámbito empresarial) no es más que una de las funciones que ejerce la Administración Pública. Y en segundo orden, porque nuestra propia ley fundamental ofrece el fundamento de la descentralización de la actividad económica del Estado en su artículo 17.

Sobre tales cimientos, las perspectivas de aplicación de las APP como técnica de gestión pública son prometedoras. En el ámbito productivo, podrían implementarse proyectos de participación público-privadas en los sectores sanitario, energético, transporte, comunicaciones y tecnología de la información. Asimismo, en materia de infraestructura social, pudieran fomentarse en los sectores de educación, salud, ambiental. En ambos casos, no solo desde la inversión extranjera directa, sino también con la materialización de proyectos asociativos con el sector privado interno pues la gama de variantes que posibilita la técnica es amplia y puede incluir la ejecución, operación y/o mantenimiento de obras y/o servicios públicos; ampliación de obras y/o servicios públicos existentes; proyecto, financiamiento y construcción de obras y/o servicios públicos;

[11] Artículo 16: El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un Plan que garantice el desarrollo programado del país a fin de fortalecer el sistema socialista, satisfacer cada vez mejor las necesidades materiales y culturales de la sociedad y los ciudadanos, promover el desenvolvimiento de la persona humana y de su dignidad, el avance y la seguridad del país. En la elaboración y ejecución de los programas de producción y desarrollo, participan activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social.
Artículo 17: El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son reguladas por la ley.
Estas empresas y entidades responden de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros, dentro de las limitaciones establecidas por la ley. El Estado no responde de las obligaciones contraídas por las empresas, entidades u otras personas jurídicas y éstas tampoco responden de las de aquel. Constitución de la República de Cuba de 1975, Empresa Gráfica Granma, 2004.

prestación total o parcial de un servicio público y desempeño de actividades de competencia de la administración pública que resulten delegables.

Deviene presupuesto fundamental el análisis exhaustivo de las ventajas y desventajas que tiene la APP en correspondencia con el contexto político, económico y social cubano. Su flexibilidad como técnica permite su adaptación en el orden jurídico-práctico en cualquier sistema. Políticos, economistas y juristas deben desarrollar el sustento teórico de la figura en Cuba teniendo en cuenta sus condiciones de desarrollo y circunstancias socioeconómicas actuales, a fin de determinar cuáles proyectos de APP se ajustan a estas y garantizar que esta alternativa impacte positivamente en la gestión pública.

Solo con la observancia de las premisas expuestas y saldando las deudas contraídas con el Derecho Administrativo en el contexto cubano, podrán instrumentarse las APP como técnica *iusadministrativa* que deviene en expresión de la intervención del Estado en la economía al ejercer su función empresarial para la consecución de una gestión pública eficiente y eficaz, dentro de un modelo descentralizado de organización administrativa.

El camino a transitar es largo y tortuoso, fundamentalmente si tomamos en consideración que se trata de un sendero aún sin trillar; sin embargo, el primer paso ha de ser sin dudas colocar el tema en el debate jurídico-económico y fomentarlo a fin de contribuir a sentar las bases para el cambio de paradigma en materia de intervención del Estado en la economía, gestión pública e interrelación del sector público y el privado con las peculiaridades que el contexto cubano exige.

La cláusula de trato justo y equitativo en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Acercamiento a su problemática

Johana Odriozola Guitart*

Introducción

La cláusula de trato justo y equitativo ha sido considerada como una de las más ambiguas de las incorporadas a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Por esta razón, ha venido siendo invocada cada vez con mayor frecuencia por los inversionistas extranjeros en sus litigios contra los Estados.[1]

En tal sentido, ha ido desplazando a la cláusula de expropiación y se ha convertido en el centro de las presuntas violaciones que se imputan a los Estados por inversionistas. En ciertos asuntos, incluso, el inversionista ha demandado por ambos preceptos y los tribunales, a pesar de reconocer que no ha existido expropiación, han condenado al Estado por el incumplimiento del trato justo y equitativo. Así, se le ha obligado a pagar una indemnización de altos montos, aun sin existir expropiación.

Por otro lado, su ambigüedad ha generado una significativa cantidad de laudos arbitrales que la han dotado de contenido, en muchas ocasiones, más allá del sentido pretendido por los Estados signatarios de estos acuerdos de inversión.

Los APPRI firmados por Cuba incorporan el trato justo y equitativo como una de las obligaciones del Estado para con los inversionistas extranjeros. Aunque ha sido redactada con algunas diferencias, el trato a la nación más favorecida posibilita que el inversionista extranjero que pretende demandar, se ampare en

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora adjunta de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] Según Montt se ha convertido en la causa más relevante de los arbitrajes de inversión. Ver Montt, S.: *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 292.

aquella disposición de trato justo y equitativo que le sea más "beneficiosa" independientemente de lo que establezca el APPRI firmado por su país con Cuba.

Por estas razones, el presente trabajo constituye un acercamiento a los diferentes modos en que la cláusula de trato justo y equitativo se expresa en los APPRI, al desarrollo que ha tenido en los fallos de los tribunales arbitrales internacionales, y finalmente, propone algunas variantes de cómo puede ser incorporada en estos Acuerdos.

Orígenes y naturaleza del trato justo y equitativo

Varios autores[2] coinciden en que la primera mención a trato justo y equitativo (TJE) apareció en la Carta de La Habana de 1948 para la creación de una Organización Internacional del Comercio. El artículo 11.2 previó que la organización podría realizar recomendaciones con el objeto de promover acuerdos multilaterales y bilaterales que aseguraran: "el trato justo y equitativo para la empresa, habilidades, capital, arte y tecnología aportado por un país miembro a otro".

En ese propio año tuvo lugar la Novena Conferencia de Estados Americanos que adoptó el Acuerdo Económico de Bogotá,[3] el cual entre otros aspectos regulaba la necesaria seguridad a los inversionistas extranjeros. En su artículo 22 previó: "el capital extranjero debe recibir tratamiento equitativo".

En los años 60, la OCDE[4] emitió un borrador denominado Convención para la Protección de la Propiedad Extranjera,[5] el cual aunque nunca se abrió para la firma, representó los criterios dominantes de los países miembros de esta organización. En su propio artículo 1 se planteaba: "Cada parte debe en todo

---

[2] Ver Márquez-Escobar, Carlos P. y Villegas-Carrasquilla, L.: "Regulación e inversión extranjera: Los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *Revista colombiana de Derecho Internacional*, No.15, 2009, p. 5.

[3] Este Acuerdo, al igual que la Carta de la Habana, nunca entró en vigor. Es de señalar que varios países entre los que se encontraba Cuba, hicieron reservas al capítulo IV relativo a las inversiones extranjeras. En el caso de México también se opuso, incluso al propio artículo 22, alegando: "Aún estando de acuerdo con el espíritu de equidad en que se inspiran el párrafo tercero del artículo 22 y el primer párrafo del artículo 24, la Delegación de México hace también reserva expresa sobre sus textos, por cuanto, en la forma en que están redactados, pudieran interpretarse como una limitación al principio según el cual los extranjeros están sujetos, como los nacionales, a las leyes y a los tribunales del país". Tomado de Montt, S.: ob. cit., p. 68.

[4] La OCDE es la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico que reúne esencialmente a países desarrollados.

[5] El documento fue aprobado por el Consejo de la Organización el 12 de octubre de 1967.

momento asegurar un trato justo y equitativo a la propiedad de los nacionales de otras Partes".

Más allá de estos orígenes, es importante señalar que pocos conceptos en derecho son tan ambiguos como el trato justo y equitativo.

Según Sacerdoti,[6] es sumamente amplio y su contenido debe ser precisado en cada caso. Varios tribunales arbitrales se han pronunciado en similar sentido. *En Mondev vs. EE. UU.*[7] (2002) el tribunal estableció: "un criterio de lo que es justo y equitativo no puede ser alcanzado en abstracto; debe depender de los hechos particulares del caso".[8]

Montt[9] lo define como un estándar de revisión en tanto permite a los tribunales internacionales revisar las actuaciones de los Estados, tanto en sus decisiones como en sus regulaciones, y evaluar si tales conductas se corresponden con un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros.

Generalmente, es un concepto que ha estado asociado a la denegación de justicia, pero su contenido ha ido variando en sede de arbitrajes de inversión. Actualmente, en base al mismo, los Estados no solo han visto cuestionadas sus actuaciones en términos de justicia, sino en materia política, legislativa, administrativa, entre otras.

El trato justo y equitativo en los distintos APPRI. Un análisis de derecho comparado

El primer Tratado Bilateral de Inversión (TBI)[10] que incluyó el trato justo y equitativo fue el firmado entre Suiza y Túnez en 1969.[11] No obstante, desde los años 50, los tratados firmados por Estados Unidos, denominados entonces Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, ya incorporaron los términos

---

[6] Sacerdoti, G.: Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection, 1997, Recueil des cours, citado por Mata Palacio, L.E.: "El contenido normativo del trato justo y equitativo a la luz de las decisiones arbitrales", tomado de *www.cedca.org.ve.*, p. 6, consultado: 12 de febrero 2014.

[7] *Mondev International Ltd vs. EE.UU*, ICSID case No. ARB/99/2, párrafo 118.

[8] En sentido similar se pronunció el tribunal de Waste Management vs. México (2004): "el estándar es flexible y debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso". *Waste Management Inc vs. Mexico (Waste Management II)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, párrafo 99.

[9] Montt, S.: ob. cit., p. 300.

[10] En el presente trabajo se emplea el término TBI indistintamente con el de APPRI.

[11] Según Montt este fue el séptimo BIT firmado en el mundo. Ver Montt, S.: ob. cit., p. 67.

de trato justo y equitativo para la protección de personas y propiedades de los extranjeros.[12]

Los innumerables APPRI que se han firmado en su gran mayoría incorporan el estándar de trato justo y equitativo.[13] Aunque hay algunas diferencias, marcadas esencialmente por la vinculación o no del estándar al derecho internacional consuetudinario o a un estándar mínimo internacional, la práctica de los tribunales arbitrales ha sido tratar de eliminar estas diferencias, como se verá más adelante.

Así, con respecto al modo en que se regula el TJE, la mayoría de los APPRI puede clasificarse en tres grupos:

1. Trato justo y equitativo como estándar independiente.
2. TJE asociado al derecho internacional (consuetudinario).
3. TJE vinculado a estándar mínimo internacional o a nivel mínimo de trato.

Es obvio que los dos últimos grupos intentan con esa conexión, estrechar el contenido del estándar. Sin embargo, los conceptos a los que se sujetan tampoco tienen contornos muy definidos. Cuando se hace referencia al derecho internacional, varias preguntas afloran: ¿estamos hablando del derecho internacional convencional?, ¿incluye todas las fuentes del Derecho Internacional Público?, ¿las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales están incluidas?, ¿qué papel juega la práctica de los Estados?, ¿la opinión de los autores también cuenta?

Algunos autores[14] consideran que vincular el TJE al derecho internacional no le imprime un nuevo contenido, ya que es parte de esta disciplina jurídica, siendo este el ámbito natural de desarrollo del estándar.

Por otra parte, en un caso muy controvertido conocido como *Pope & Talbot*, el tribunal que conocía el caso entendió que el TJE era un estándar más alto que el trato mínimo previsto. En tal sentido sentenció: "Otra interpretación posible de la presencia de los elementos de justicia en el artículo 1105 es que estos son adicionales a los requerimientos del derecho internacional. Esto es,

---

[12] Estos tratados fueron los *predecesores* de los actuales TBI. En el caso de los Estados Unidos los tratados firmados con los siguientes países incorporaron este estándar: Irlanda (1950), Grecia (1954), Israel (1954), Francia (1960), Paquistán (1961), Bélgica (1963) y Luxemburgo (1963). Ver Vandevelde: "The Bilateral Treaty Program of the United States", *Cornell International Law Journal*, No. 21, 1988, citado por OCDE: "Fair and equitable treatment standard in international investment law", en *Working Papers on International investment*, No. 3, septiembre, 2004, p. 4.

[13] Según la UNCTAD es muy minoritario el número de APPRI que no contiene esta cláusula. Esta es la situación de algunos de los acuerdos de Arabia Saudita, Paquistán y Singapur. Ver UNCTAD: *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, 1998, p. 54.

[14] Montt, S.: ob. cit., p. 304.

los inversionistas en el contexto del TCLAN tienen derecho al estándar mínimo del derecho internacional más los elementos de justicia".[15]

En el caso del estándar mínimo internacional, los criterios de qué entender por tal también divergen significativamente. Por solo citar un ejemplo se discute si el estándar es un "techo" o un "piso". Aunque hay un reconocimiento de que debiera ser lo primero y no lo segundo, hay posiciones diferentes de autores, incluso de laudos.

En el asunto *Azurix vs. Argentina* (2006), el tribunal sentenció: "la cláusula como está redactada permite interpretar el trato justo y equitativo y plena protección y seguridad como estándares superiores a los requeridos por el Derecho Internacional. El propósito (…) es establecer un piso; no un techo".[16]

Adicionalmente, hay un reconocimiento de que el estándar mínimo no es estático, sino que debe moverse en el tiempo, todo lo cual sigue imprimiendo un nivel de incertidumbre a los Estados con respecto a sus actuaciones en consonancia con el TJE.

En un caso del año 2003, conocido como *ADF vs. USA*, el tribunal estableció: "lo que la costumbre internacional proyecta no es una fotografía estática del estándar de trato mínimo de extranjeros en 1927 cuando se decidió el caso Neer. Tanto la costumbre internacional como el estándar mínimo de protección que ella incorpora están en constante proceso de desarrollo".[17]

Al ser entonces un estándar que "se mueve", está por definir su propio contenido evolutivo. Los criterios vuelven a ser divergentes. Qué comprende el estándar mínimo internacional no tiene una única respuesta. Según Sornarajah,[18] solo hay tres temas en los que existe un reconocimiento mayoritario que integran el estándar mínimo internacional, dos de las cuales no tienen que ver con el TJE (no expropiación sin compensación, responsabilidad por la destrucción y violencia por parte de sujetos no estatales), y denegación de justicia. Este último ha sido con el que se identificó el trato justo y equitativo en sus inicios. No obstante, los tribunales arbitrales han ido entendiendo diversas acciones u omisiones de los Estados como violaciones del TJE.

---

[15] Ver *Pope & Talbot Inc vs. Canada (Pope & Talbot I)*, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration, párrafo 110. El artículo en cuestión sujetaba el TJE al derecho internacional. A partir de este fallo los miembros del TLCAN dieron en el año 2001 una interpretación oficial del artículo. Dicha interpretación establece expresamente que el TJE no requiere de un trato adicional al previsto por el estándar mínimo de protección según la costumbre internacional.

[16] Ver *Azurix Corp vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, párrafo 360.

[17] Ver *ADF Group Inc vs. US*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1.

[18] Sornarajah, M.: *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, p. 346.

El contenido del estándar de TJE según los tribunales arbitrales de inversión

El caso Neer constituye el referente más difundido que se ha tomado por muchos como punto de partida para valorar el trato justo y equitativo. En dicho asunto, un ciudadano norteamericano fue asesinado en México en condiciones dudosas, y se reclamaba responsabilidad a las autoridades mexicanas por no haber podido determinar los responsables.

En dicho proceso el tribunal sentenció: "para que el tratamiento de un extranjero sea considerado como un delito internacional, éste debe llegar a constituir desde una atrocidad, hasta mala fe, un descuido doloso del deber o una insuficiencia de la acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería de manera inmediata la insuficiencia. Que esta insuficiencia provenga de la ejecución deficiente de una ley inteligente o del hecho de que la legislación del país no faculta a las autoridades para dar la talla a los estándares internacionales, carece de relevancia".[19]

Como puede apreciarse el estándar establecido por el tribunal para exigir responsabilidad al Estado fue elevado. Sin embargo, fallos posteriores se han "desmarcado" de este concepto. Según Saldarriaga[20] varios laudos reconocieron el carácter evolutivo de Neer (*Mondev vs. EE.UU*, 2002) y *Thunderbird vs. México* (2006). Posteriormente, en el caso *Glamis vs. EE. UU* (2009) el tribunal excluyó la mala fe del estándar, reconociendo que puede existir violación del trato justo y equitativo aun cuando no exista mala fe.

A continuación se exponen algunas de las distintas conductas que los tribunales arbitrales internacionales han comprendido dentro del estándar de TJE. Aun cuando no existen posiciones unánimes sobre estos temas, el hecho de que algún fallo haya entendido dichas acciones como parte del TJE, permite avizorar que en procesos futuros se puedan acoger criterios similares.

---

[19] *Neer (LFH) and Pauline Neer (USA) vs. United Mexican States.*

[20] Saldarriaga, A.: "Trato justo y equitativo", Trabajo presentado en evento *La nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias inversionista-Estado*, Quito, diciembre de 2012.

Denegación de justicia y debido proceso

La denegación de justicia y el debido proceso son conductas en las que existe cierto consenso de que integran el estándar.

1. Caso Azinian, Davitian y Baca vs. México[21] (1999)

"Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si este sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado. (...) Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa".

2. Pantechniki vs. Albania[22] (2009)

"La regla general es que 'el mero error en la interpretación de la ley nacional no supone per se responsabilidad'. La incorrecta aplicación de la ley podría proveer, sin embargo, 'elementos de prueba de una denegación de justicia'. Pero esto exige un test extremo: el error debe ser de tal magnitud que 'ningún juez competente hubiere podido cometer'. Una tal consideración significaría que el Estado no ha provisto ni siquiera un sistema judicial mínimamente adecuado (…). La denegación de justicia no surge hasta que no se haya dado al sistema en su totalidad la oportunidad de corregir una conducta judicial aberrante. Esto no significa que los recursos deben proseguirse más allá de un punto razonable (...)."

3. Iberdrola vs. Guatemala[23] (2012)

"(…) el hecho de que el Tratado incluya la obligación de dispensar al inversionista un tratamiento justo y equitativo no significa, per se (…) que el estándar de denegación de justicia del Tratado sea más amplio que el del derecho internacional consuetudinario (…). El Tribunal concluye que según el derecho internacional podría constituir denegación de justicia: (i) la negativa injustificada de un tribunal para conocer un asunto de su competencia o cualquier otra actuación del Estado que tenga por efecto impedir el acceso a la justicia; (ii) una demora indebida en la administración de justicia; y (iii) las decisiones o actuaciones de órganos del Estado que sean evidentemente arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías".

---

[21] *Azinian vs. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, párrafo 102.
[22] Ver párrafos 94-96, citado por Saldarriaga, A.: ob. cit.
[23] Ver párrafos 427 y 432, ídem.

Arbitrariedad y discriminación

Algunos BIT tienen cláusulas específicas que hacen mención a la no discriminación o arbitrariedad. No obstante, aun cuando no aparezcan expresamente en los tratados, ciertos tribunales han entendido que estas dos definiciones integran el TJE.

En *CMS vs. Argentina*[24] (2005) se dispuso: "El estándar de protección contra la arbitrariedad y la discriminación se relaciona con el trato justo y equitativo. Cualquier medida que implique arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo".

Un criterio contrario fue seguido en otro caso contra Argentina. En el mismo se entendió que trato justo y equitativo no significaba necesariamente arbitrariedad y viceversa.[25]

Transparencia y estabilidad

La transparencia es un concepto que se ha venido exigiendo en el actuar de los Estados. Se asocia con la necesidad de conocer las acciones y decisiones que puedan incidir en las personas jurídicas o naturales. Se considera una manifestación de la buena fe. En materia de inversión extranjera se discute si los inversionistas deben estar informados de aquellas decisiones que pueden generar cambios en los beneficios proyectados.

Sin embargo, esta exigencia legítima de que los Estados actúen de forma transparente, puede convertirse en fuente de conflictos cuando comienza a asociarse con estabilidad del marco legal.

La función regulatoria de los Estados no debe en principio estar limitada por la presencia de inversión extranjera que demande que las condiciones que existían en el momento de nacimiento de la inversión, deban permanecer estáticas en el tiempo.

Sobre este particular se han pronunciado algunos laudos arbitrales controvertidos, aunque otros han enfatizado en afianzar el derecho de los Estados a su función regulatoria. Nuevamente, en materia de fallos arbitrales, pueden encontrarse posiciones contrapuestas que nos alertan sobre la necesidad de

---

[24] Ver *CMS Gas Transmission Co. vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, párrafo 290.

[25] *Ver LG&E Energy Corp et al vs. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/01. "El Tribunal concluye que las cargas impuestas por Argentina a la inversión de las Demandantes, aunque injustas e inequitativas, fueron el resultado de juicios razonados y no de simples desacatos al Derecho (…) aunque el hecho de no restaurar la Ley del Gas y el resto de las garantías relativas al sector de distribución del gas, así como implementar la política de renegociación de los contratos, constituyeron un proceder injusto e inequitativo, no fue arbitrario". (párrafos 162-163).

emplear definiciones precisas o realizar interpretaciones entre las partes signatarias de los APPRI que no den margen a la "imaginación" de los árbitros.

En el caso *Metalclad vs. México*[26] (2000) se sentenció: "(…) falló en asegurar un marco predecible y transparente para la planificación del negocio y la inversión. El total de estas circunstancias devino en una falla en el orden del proceso y en disposiciones oportunas en relación con el actuar del inversionista en su expectativa de que sería tratado de un modo justo y equitativo".

En *LG&E vs. Argentina*[27] (2006) en similar sentido el tribunal estableció: "Repetidamente, estos tribunales han concluido, sobre la base de específicas disposiciones y en el contexto de los objetivos establecidos por los distintos tratados, que la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo. Así, el Tribunal considera esta interpretación como un estándar emergente de trato justo y equitativo en el Derecho internacional".

Por el contrario, en *AES vs. Hungría*[28] (2010) se dispuso: "Las condiciones de estabilidad que la Carta de la Energía menciona se relacionan con el marco en el que tuvo lugar la inversión. Sin embargo, no constituyen una cláusula de estabilización. Un marco legal está por definición sujeto a cambio en la medida en que continuamente se adapta a las nuevas circunstancias y un estado tiene el derecho soberano de ejercer sus poderes, los que incluyen las actuaciones legislativas".

Legítimas expectativas

El hecho de que se haya llegado a entender que las legítimas expectativas de los inversionistas pueden integrar el contenido del trato justo y equitativo no es casual. De la mano de la transparencia y la estabilidad, ha asomado este criterio que pareciera inclinar la balanza hacia los inversionistas en los litigios inversor-Estado.

Las legítimas expectativas como componente del TJE se han convertido en un tema polémico, que ha estado ocupando en los últimos tiempos los estudios sobre este estándar. Sin dudas, constituye un criterio que, si es apreciado, puede reducir significativamente el poder regulador de los Estados, llegando a limitar su soberanía.

Algunos de los principios que se han invocado para reconocer las expectativas legítimas de los inversionistas en sede de trato justo y equitativo son la buena fe, el abuso del derecho o la doctrina del *estoppel*. Sin embargo, para la aplicación de estos principios del derecho, es necesario demostrar que los Estados han actuado contrario a estos.

---

[26] Ver *Metalclad Corporation vs. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.
[27] Párrafo 125, ver referencia del caso en nota al pie 25 del presente trabajo.
[28] Citado por Saldarriaga, A.: ob. cit., párrafos 9.3.29.

Los tribunales arbitrales en algunos casos han llegado a entender que las legítimas expectativas son un componente del TJE con distintos matices. De cualquier modo, el criterio es controvertido y ha suscitado críticas y posiciones contrapuestas desde otros fallos.

Según Montt,[29] casos más recientes apuntan hacia una dirección correcta, después de una "arrancada en falso" en esa materia. Sin embargo, no es posible afirmar en términos de tiempo que a partir de un momento se haya corregido totalmente "el tiro". No estamos ante un tema zanjado y los desarrollos futuros de las decisiones arbitrales volverán sin dudas sobre esta temática.

A continuación se muestran algunas decisiones arbitrales relacionadas con las legítimas expectativas.

1. *TECMED vs. México*[30] (2003). "(…) esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes".
2. *Duke vs. Ecuador*[31] (2008). "La estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista (…) esas expectativas constituyen un elemento importante del concepto de trato justo y equitativo. Al mismo tiempo, tiene presentes sus limitaciones. Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no solo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión".

[29] Montt, S.: ob. cit., p. 362.

[30] Ver *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, párrafo 154.

[31] Ver *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A vs. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19.

Es de notar que aun con matices, ambas decisiones parten de la transparencia o de la estabilidad para llegar a las legítimas expectativas. Intentan borrar las líneas divisorias entre estos conceptos. Son elementos esenciales que tienen que ser tenidos en cuenta para la negociación y firma de los tratados de inversión.

El caso crítico en este tema lo constituyó *Saluka vs. República Checa*[32] (2006), en el que el tribunal llegó a decir que las legítimas expectativas del inversionista constituían el elemento dominante del estándar de trato justo y equitativo.

En sentido contrario puede citarse *EDF c. Rumania*[33] (2009) en el que se apreció: "La idea de que las expectativas legítimas y, por lo tanto, el TJE, implican la estabilidad del marco legal y de negocios no sería correcta si se articula en una formulación demasiado amplia y sin calificación. El TJE significaría entonces un congelamiento virtual de la regulación legal de las actividades económicas en contraposición con el poder regulatorio del estado y el carácter evolutivo de la vida económica. Excepto cuando el Estado ha hecho promesas específicas o representaciones al inversionista, este no debería confiar en un tratado bilateral como en una forma de seguro político contra el riesgo de cualquier cambio en el marco legal y económico del Estado receptor. Una tal expectativa no sería ni legítima ni razonable".

Ante tales divergencias, los países deben pensar en precisar el contenido del estándar de trato justo y equitativo para evitar la incertidumbre que el arbitraje internacional le imprime ante una falta de concreción de su alcance.

El trato justo y equitativo en los APPRI firmados por Cuba

Todos los APPRI que Cuba[34] tiene firmados poseen una cláusula de trato justo y equitativo.[35] Esta puede encontrarse en artículos denominados "promoción y protección de las inversiones", "tratamiento de las inversiones", o similares. En la gran mayoría de los casos es un estándar autónomo y se presenta de un modo indefinido.

Por el contrario, una cantidad mínima de APPRI prevé el TJE en correspondencia con el Derecho Internacional. Dentro de esta tendencia se encuentran algunos matices que llevan a cuestionarnos si realmente estas diferencias tuvieron la intención de prever elementos distintos en cada caso. Si bien la mayoría solo hace mención propiamente al Derecho Internacional (DI), algunos

[32] *Saluka Investments BV vs. Czech Republic*, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration.
[33] Ver párrafo 217, citado por Saldarriaga, A.: ob. cit.
[34] Cuba es uno de los países de América Latina con mayor cantidad de APPRI firmados: 63 en total, de los cuales 39 están en vigor.
[35] Solo el APPRI con Rumanía lo llama trato apropiado y equitativo.

TBI se refieren más concretamente a los principios del Derecho Internacional. Es el caso por ejemplo de los APPRI firmados con Brasil, Colombia y Francia.

En el APPRI firmado con Venezuela, la vinculación del estándar de TJE se realiza con respecto a las normas y criterios del DI. Cabría preguntarse cuál de estos preceptos es más amplio y si realmente en el proceso de negociación del acuerdo se tuvieron en cuenta las diferencias que tienen conceptos tales como principios, normas y criterios.

Un caso singular lo constituye el acuerdo firmado con Qatar, que utiliza el término de ley internacional y no derecho. Tal vez constituya un problema de traducción, sin embargo, una interpretación de qué entender por ley en principio puede ser más restrictiva que el concepto de derecho.

Por otra parte, hay un caso sui géneris y es el TBI con Bélgica-Luxemburgo en el que se emplea una frase que como ya se explicó ha sido muy discutida en fallos internacionales y es que el trato justo y equitativo "no será menos favorable que el reconocido en el derecho internacional".

De un modo distinto en ciertos APPRI, se vincula el estándar de TJE con el de trato nacional y el de nación más favorecida.[36] En tal sentido, un estándar absoluto como el primero, según define la doctrina, se hace depender de estándares relativos denominados de tal modo porque conllevan una comparación obligada. Esto significa que en estos supuestos, el propio contenido del trato justo y equitativo debe ser comparado con el trato nacional y el trato de nación más favorecida para poder decidir si ha existido una violación de aquel. Cabría preguntarse si esto realmente limita la definición del trato justo. En una primera aproximación hay una complejidad adicional que tal formulación añade. No solo basta con determinar el alcance del TJE, sino que habría que valorar cómo el Estado ha tratado a sus nacionales o a los inversionistas extranjeros ante situaciones similares.

Otra característica de la mayoría de nuestros APPRI en torno a esta cláusula es que aparecen generalmente expresiones como no tomar medidas injustificadas, arbitrarias, discriminatorias o irracionales. Estas formulaciones parecieran estar dotando de contenido al estándar; sin embargo, al no indicarlo expresamente o plasmarlo como algo adicional, siguen dejando espacio a una posible interpretación de los tribunales arbitrales internacionales.

[36] Es el caso de los acuerdos firmados con los siguientes países: Bielorrusia, Colombia, Dinamarca, Holanda y Paraguay.

Solo el APPRI firmado con Viet Nam prevé una definición del contenido de trato justo y equitativo y con un alcance bien limitado, circunscrito a la denegación de justicia y por tanto acotado, en última instancia, al poder judicial del Estado.[37]

El Modelo APPRI de Cuba aprobado, intentó limitar el alcance del estándar de TJE con respecto a los APPRI firmados. Primero, lo previó como nivel mínimo de trato. Segundo, lo vinculó al derecho internacional y brindó una interpretación sobre nivel mínimo de trato acorde al DI.[38] Tercero, expresó que no puede ser entendido como un trato adicional. Por último, definió que la violación de otra disposición del tratado no significa que exista una violación del estándar de trato justo y equitativo.

Esta redacción, superior sin dudas a la del resto de los APPRI (excepto la de Viet Nam) en cuanto a limitar el alcance de TJE, no resuelve todos los problemas que hoy se presentan en torno al estándar. Como se ha evidenciado, en el ámbito de los fallos internacionales no existe consenso sobre cuál es el nivel mínimo de trato, ni cuáles son las fuentes del derecho internacional que pueden ser tomadas en consideración para tal definición.

Ante tal situación se impone valorar las diversas variantes que pudieran emplearse para la definición de esta cláusula con el objetivo de evitar interpretaciones de tribunales internacionales en el futuro.

A continuación se presentan algunas variantes para definir el alcance del TJE. Estas variantes no son excluyentes, pueden adoptarse formulaciones que constituyan un híbrido entre estas.

1. Definir de un modo expreso y concreto el alcance del precepto de trato justo y equitativo. En tal sentido, el estándar Neer puede ser retomado en sus aspectos esenciales aunque excluyendo la mala fe. Puede ser conceptualizado como actos que impliquen una atrocidad, un descuido doloso del deber o una insuficiencia de la acción gubernamental alejada de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería de manera inmediata la insuficiencia.

[37] El artículo 4.2 (a) de este tratado prevé: "El trato justo y equitativo se refiere a la obligación de garantizar que no se niegue a los inversionistas la justicia ni se les conceda un trato injusto o no equitativo, en cualquier proceso legal o administrativo que afecte a sus inversiones".

[38] En tal sentido dispone: "(…) resultante de una práctica general y consistente que los Estados siguen, otorgándole un carácter de obligación legal; se refiere a los principios del derecho internacional vigente que protegen los derechos económicos y los intereses de los extranjeros".

2. Circunscribirlo a la actuación del poder judicial por su vinculación con la denegación de justicia. En tales términos, podría asociarse a la necesidad de otorgar un trato no arbitrario en los procesos legales y administrativos en los que intervenga el inversionista, a la imparcialidad de las decisiones de los tribunales, a la contratación de asesoría legal, entre otras.
3. Realizar una definición a partir de una lista negativa, previendo qué actos no forman parte del trato justo y equitativo. Por ejemplo, en este caso pudiera expresarse que las legítimas expectativas de los inversionistas no pueden considerarse como contenido del estándar. La estabilidad también se excluiría en tanto el poder regulatorio de los Estados no debe limitarse por este concepto.

Finalmente, la problemática que ha surgido con respecto al alcance de la cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión, aconseja a los países, esencialmente los receptores de inversión, buscar fórmulas que garanticen que este estándar no se convierta en un límite a la actividad reguladora de los Estados, en pos de lograr objetivos de desarrollo.

Molde institucional del sector privado en Cuba: las actividades por cuenta propia

Yuri Pérez Martínez*

El marco normativo del trabajo por cuenta propia en Cuba socialista se origina en la década del sesenta del siglo pasado. La senda tributaria para gravar el ejercicio de esta modalidad laboral fue la cobertura jurídica[1] para delinear algunos principios que signarían su ulterior desarrollo: despliegue de actividades autorizadas sobre la base del trabajo personal o la ayuda familiar, prohibición de establecimientos abiertos al público, imposibilidad de emplear personal asalariado, así como determinación administrativa de la especie de profesión, arte u oficio por cuya realización se obligaba a personas naturales al pago de un quantum impositivo.

Esos principios marcaron la diferenciación de esta forma de trabajo con las empresas privadas que actuaron en el escenario económico (1959-inicios de 1968), aspecto que singularizó la manera en que, posteriormente, se fraguó el cuentapropismo. Al examinar las disposiciones legales del período de referencia[2] se advierten algunas contradicciones e imprecisiones relativas a esta supuesta divergencia, aunque también se dilucidan criterios divisores. La incompatibilidad no se mostró en el objeto, ya que los trabajadores por cuenta propia podían ejercer actividades mercantiles, industriales o de servicios.[3] El contraste entre una (cuentapropismo) y otra (empresas privadas individuales) obedeció a concepciones políticas e ideológicas que fueron acentuándose en el período de la provisionalidad y prevalecieron en la construcción del socialismo.

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente del capítulo de La Habana de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.

1 *Cfr*: artículo 1 de la Ley No. 998 "Ley Fiscal". Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición extraordinaria, año LX, tomo quincenal, número I, número anual 1, La Habana, martes 9 de enero de 1962, p. 1. *Cfr*: artículos 6, 7 y 8 de la Ley No. 1213 de fecha 21 de junio de 1967. Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, año LXV, número 4, La Habana, viernes 7 de julio de 1967, p. 39.

2 La periodización realizada obedece a un criterio que se asume por el investigador, sobre la base de la ocurrencia de la Ofensiva Revolucionaria del año 1968 y las consecuencias que de ella se derivaron, así como la evolución de la regulación jurídica de la modalidad laboral por cuenta propia, los momentos de ruptura o rectificación y algunas de sus causas.

3 *Cfr*: artículo 6 de la Ley No. 1213 de fecha 21 de junio de 1967. Ibídem.

En esta primera etapa se valoró un espacio de confluencia entre los pequeños propietarios y los intereses del nuevo poder político. Estratégicamente, se trató de asimilar a los titulares de negocios, comercios y "timbiriches"[4] que se sustentaban sobre la base de medios de producción no fundamentales.[5]

Esta actitud asimiladora se concibió tempranamente, por disímiles vías y fue expresión de la concreción de ideas socialistas enunciadas en las declaraciones de La Habana.[6] Destaca, en este sentido, el tratamiento divergente en la cuantificación de la base imponible, o sea, la expresión de la capacidad económica.[7] Los empresarios privados debían soportar una carga tributaria mayor que el sector de trabajadores por cuenta propia, pues no podían deducir los gastos

---

[4] El término "timbiriches" se utilizó en ocasiones como sinónimo de microestablecimientos privados en los que se vendían productos alimenticios y otros. «Hay infinidad de pequeños negocios, hay infinidad de "timbiriches", hay infinidad de pequeños talleres, hay infinidad de gente que trabaja por su propia cuenta (…)». Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en la conmemoración del VIII aniversario del ataque al cuartel Moncada, en la Plaza de la Revolución "José Martí", en La Habana, el 26 de julio de 1961 y Discurso pronunciado en el acto conmemorativo del XI aniversario de la acción del 13 de marzo de 1957, efectuado en la escalinata de la Universidad de la Habana, el 13 de marzo de 1968. Versiones taquigráficas del Gobierno Revolucionario, Centro de Documentación del Comité Central del PCC, La Habana, p. 3952.

[5] Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en la conmemoración del VIII aniversario del ataque al cuartel Moncada, en la plaza de la Revolución "José Martí", en La Habana, en fecha 26 de julio del año 1961, Versiones taquigráficas del Gobierno Revolucionario, Centro de Documentación del Comité Central del PCC, La Habana, p. 1951. «Eso quiere decir que la Revolución debe tener un tratamiento especial para esas capas, que no debe ser igual al tratamiento para con los grandes monopolios, es decir, para los grandes terratenientes, los grandes industriales y la gran burguesía comercial y financiera. (…). Debe tenerse en cuenta que hay una gran capa de la población que vive del pequeño comercio, de la pequeña industria, del trabajo por cuenta propia, de talleres propios, y que esa es una capa numerosa. Es decir que queda el pequeño industrial, queda el pequeño comerciante. Y la Revolución debe tener con esas capas de la población una política inteligente y una política correcta. Nosotros nos hemos encontrado alguna gente que nos han preguntado: "¿Qué?, ¿cuándo les vamos a meter mano a todos los pequeños comercios?" Y entonces nosotros nos damos cuenta de que esa persona posiblemente esté hablando de buena fe, posiblemente crea que eso es lo más revolucionario, y no comprenda que eso sería, precisamente, lo más contrarrevolucionario, que eso sería lo más negativo ¿Por qué?: porque convierte en enemigos de la Revolución a sectores que la Revolución debe asimilar, que la Revolución debe tener y mantener al lado suyo, hasta que hayan sido asimilados por la Revolución». Véase, además: Discurso pronunciado en el acto de clausura de la Convención Nacional de Consejos Técnicos Asesores, celebrado en el círculo social obrero "Charles Chaplin" en fecha 11 de febrero de 1961. Versiones taquigráficas del Gobierno Revolucionario, Centro de Documentación del Comité Central del PCC, La Habana, p. 1605.

[6] Véase primera y segunda Declaración de La Habana en la voz de Fidel Castro Ruz: Declaraciones de La Habana aprobadas en Asamblea General Nacional del pueblo de Cuba los días 2 de septiembre de 1960 y 4 de febrero de 1962, Ministerio de Relaciones Exteriores, cara A, impresora cubana de discos, [s.a].

[7] *Cfr*: artículo 2, Ley No. 998/1962…, cit., p. 1.

generados en el desarrollo de la actividad empresarial. Esta desigualdad estuvo en correspondencia con los nuevos intereses del Estado que, a través de fines extrafiscales, perseguía la disminución paulatina de este ámbito económico. Se enarboló una reforma integral del sistema tributario "a fin de que los impuestos sean servidores eficaces para el establecimiento y desarrollo de la nueva sociedad en concordancia con las circunstancias objetivas del país y la etapa en que nos encontramos dentro del proceso de cambios estructurales que viene produciéndose".[8]

El régimen impositivo para las personas naturales o jurídicas del sector privado de la economía que utilizaban fuerza laboral asalariada, simultáneamente a la exención de tributación sobre los salarios o remuneraciones de los trabajadores, cualesquiera que fueran sus empleadores,[9] materializó la voluntad política que tenía como meta la desaparición definitiva de la media y pequeña propiedad privada. Se proyectó como un proceso complejo, lento, que debía convencer por cauces persuasivos cuando la Revolución alcanzara un nivel de desarrollo capaz de hacer frente a las demandas ciudadanas con relación a la prestación de servicios y la producción de bienes a este nivel. "La concepción oficial del trabajo por cuenta propia no es fortuita. Refleja la intención estatal, legalmente establecida, de concebir y limitar el fenómeno del autoempleo, al margen de los empleadores tradicionales, en su forma más simple, la del trabajo individual, independiente o por cuenta propia 'puro'".[10]

La contratación de trabajo asalariado se erigió en el rasgo diferenciador por excelencia entre estos agentes económicos. Las personas naturales que realizaban una actividad subsumida en el cuentapropismo debían laborar solas o con asistencia familiar, sin emplear temporal o permanentemente trabajo ajeno. El auxilio familiar quedó circunscrito a la utilización de no más de dos personas, siempre que residieran en el domicilio del contribuyente (cuentapropista).[11]

Para el sector privado contratante de fuerza laboral externa a los titulares de negocios y sus familiares no retribuidos a modo de salario, se vedó la posibilidad de utilizar personal fijo para cubrir plazas vacantes o de nueva creación,

---

[8] *Cfr*: Segundo POR CUANTO, Ibíd.

[9] *Cfr*: artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley No. 1213/1967..., cit., p. 39. El impuesto sobre los ingresos a los trabajadores por cuenta propia establecido en el grupo 2 del artículo 2 de la Ley No. 998/1962 fue derogado por la disposición final séptima de la citada Ley No. 1213/1967.

[10] Núñez Moreno, Lilia: "Más allá del cuentapropismo en Cuba", *Revista Temas*, No. 11, julio-septiembre, La Habana, 1997, p. 44. Véase, para dilucidar algunas de las características de este sector: Quintana Mendoza, Didio: "El sector informal urbano en Cuba: algunos elementos para su caracterización", en *Cuba: Investigación económica*, núm. 2, abril- junio, La Habana, 1997, pp. 1 y ss.

[11] *Cfr*: artículo 8 de la Ley No. 998/1962..., cit..

así como contratar personal eventual o temporal.[12] Este aspecto respondió al propósito del Gobierno Revolucionario de "orientar la fuerza de trabajo hacia aquellas actividades que son fundamentales para el desarrollo económico de la Nación, propiciando a su vez la mejor utilización de las capacidades creadoras de nuestros trabajadores en beneficio de la sociedad".[13] Era una cuestión de intencionalidad política que cobró forma jurídica, pues al tiempo que se estableció un impuesto para los propietarios empleadores se reguló la negativa de continuar realizando la contratación de mano de obra ajena, o sea, trabajo subordinado y dependiente.

Este elemento forjó las bases para establecer como fuente de adquisición de los objetos ineludibles para la vida (bienes de consumo) la remuneración laboral, bajo el fundamento de que solo el trabajador estatal podía contribuir a los fines socialistas. De esta manera, se crearon las condiciones legales para la supresión de comerciantes, industriales, o sea, propietarios de menor escala que convivieron, en el transcurso de los primeros siete años, con el régimen sociopolítico.

Algunos autores[14] que referencian el *íter* formativo del trabajo por cuenta propia en Cuba, soslayan que antes del Decreto-Ley No. 14/1978, al amparo de la Ley No. 1213/1967, se determinaron, administrativamente,[15] las actividades que podían ejercer los trabajadores por propia cuenta que –sin obviar sus principios cardinales– pudieron desplegarse en un marco oficial. Se enfatiza en el vocablo oficialidad en nexo con la legalidad del sector, aunque no debe desconocerse, al menos ontológicamente, la economía informal presente en la sociedad

[12] *Cfr*: Resolución del Ministro del Trabajo No. 85 de fecha 27 de junio de 1967. Gaceta Oficial de la República edición ordinaria, No. 4, de fecha 7 de julio de 1967, p. 45.

[13] *Cfr*: primer POR CUANTO de la resolución No. 85/1967, ibíd.

[14] Mir Cowan, Amdiany de la C.: "La naturaleza laboral de la relación jurídica ue se establece entre el titular de la actividad y el trabajador contratado en el sector del trabajo por cuenta propia en Cuba", Tesis presentada para optar por el Título Académico de Máster en Derecho Laboral y Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2013, pp. 77-78. De igual forma, ver: Travieso Damas, Francisco: El trabajo por cuenta propia en Cuba (inédito), La Habana, 2009, p. 5; Vila Noya, Lissette María: "El empresario individual. Trabajo informal y por cuenta propia", Tesis para optar por el título de Máster en Derecho Mercantil y Financiero, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2006, pp. 69 y ss. Sánchez Oñate, Ana Martha: "Reflexiones sobre la aparición de conflictos laborales en el trabajo por cuenta propia", Ponencia presentada en el VI Encuentro Internacional Justicia y Derecho, La Habana, 2012, p. 4.

[15] *Cfr*. Resolución del Banco Nacional de Cuba No. 193 de fecha 28 de junio de 1967. Gaceta Oficial de la República, edición ordinaria, No. 4, año LXV, de fecha 7 de julio de 1967, La Habana, p. 45. El artículo 6 de la Ley No. 1213/1967 estipuló que: "El Banco Nacional de Cuba previa consulta con la Junta Central de Planificación (JUCEPLAN), determinará las actividades por cuyo ejercicio se estará obligado al pago de este impuesto y establecerá la cuota fija mensual correspondiente y su forma de pago", ob. cit.

cubana, generada, entre otros factores, por la exclusión en las normas jurídicas de algunos supuestos de hecho que en la realidad social se manifestaron.

Legalmente los vendedores ambulantes y a domicilio, los herreros, cerrajeros, plomeros, chapisteros, soldadores, fundidores, relojeros, joyeros, fotógrafos, choferes de alquiler, barberos, peluqueros, zapateros, albañiles, entre otros; así como trabajadores con ocupaciones profesionales y técnicas (electricistas, médicos, dentistas, enfermeros, parteros, maestros, traductores e intérpretes, abogados, etcétera) fueron autorizados a realizar sus labores, habilitación mantenida pos Ofensiva Revolucionaria.

No obstante, estas estuvieron matizadas por la estatalización creciente de los medios de producción y las oscilaciones políticas. "La lógica de la configuración de las clases sociales [apunta de forma acertada Núñez Moreno] había tenido como pivote esencial una estructura de la propiedad muy concentrada: la estatal predominó por amplio margen, al dejar muy poco espacio a otras formas, especialmente la privada, reservada al área rural, y a un reducido grupo de ocupaciones urbanas. El empleo estatal era la fuente fundamental de la conformación de la estructura social".[16]

El cuentapropismo se estructuró en el país en torno a los intereses políticos imperantes. El influjo de los cambios operados en la sociedad, en los años que median entre la Ofensiva Revolucionaria y la aprobación del texto constitucional de 1976, se consagraron en la preceptiva legal que reguló el trabajo por cuenta propia. Tras la promulgación de la Constitución socialista de los años setenta, se aprobaron por el Banco Nacional de Cuba, con carácter de actualización, las actividades por cuenta propia que se autorizaron en todo el territorio nacional, así como las cuotas fijas mensuales que debían tributar quienes las ejercieran.[17] Desde el año 1976 se configuraron, además de los principios existentes,[18] los requisitos que debían cumplirse para la obtención de la inscripción en el registro de contribuyentes a los efectos del ejercicio de alguna de las actividades autorizadas.[19]

Hubo una disminución significativa de las actividades permitidas. De ellas se desterró el ejercicio profesional privado, lógico si tenemos en consideración la axiología contenida en la nueva Constitución y los derechos que refrendó.

---

[16] Núñez Moreno, Lilia: ob. cit., p. 41.

[17] *Cfr.* Resuelvo PRIMERO-TERCERO de la Resolución del Presidente del Banco Nacional de Cuba No. 119 de fecha 30 de octubre de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 22, año LXXIV, de fecha 10 de noviembre de 1976, La Habana, p. 278.

[18] Autorización de las actividades desarrolladas sobre la base del trabajo personal o la ayuda familiar, prohibición de establecimientos abiertos al público e imposibilidad de emplear personal asalariado. *Cfr.* Ley No. 1213/1967 en sus artículos 6, 7 y 8 respectivamente.

[19] *Cfr.* Resolución del Presidente del Banco Nacional de Cuba No. 119/1976…, cit., p. 278.

Excepcionalmente, se mantuvieron[20] profesiones determinadas, a modo de remanente, a saber: médicos, estomatólogos, optometristas, quiropedistas, veterinarios y mecánicos dentales.

Un aspecto esencial constituyó la exigencia para efectuar alguna de las actividades por cuenta propia admitidas por la norma, de vínculo laboral con algún centro de trabajo estatal o de estar jubilado o de haber sido declarado oficialmente trabajador con capacidad disminuida.[21] Este elemento se conectó con los fines del Estado socialista que "como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y la satisfacción de sus propias necesidades".[22]

La noción del trabajo como derecho, deber y motivo de honor ciudadano, preceptuada en la Ley de leyes,[23] permeó al cuentapropismo que se conceptuó como una modalidad laboral complementaria, por tanto, un ingreso adicional para el trabajador estatal.[24] El individuo debía aportar su trabajo al desarrollo del sistema económico socialista; sin embargo, tal contribución se minimizó al empleo estatal con lo cual se repelieron otras variantes compatibles con el socialismo como las cooperativas en ámbitos extraños al agropecuario.

---

[20] En 1976, desde el punto de vista legal, se excluyó de las actividades laborales por cuenta propia autorizadas, el ejercicio profesional de la medicina y la veterinaria. Tras la ininterrumpida actividad por parte de algunos profesionales privados, graduados con anterioridad al año 1964, se permitió, con carácter excepcional y observando los requisitos establecidos por los Organismos de la Administración Central del Estado competentes en la materia. Lo anterior se explica sobre la base de un acuerdo tomado por los estudiantes de medicina donde juraban ejercer la profesión de forma social y no de manera privada, cuestión que se expresó jurídicamente. Para profundizar, véase: Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en el acto conmemorativo del 27 de noviembre, celebrado en la escalinata de la Universidad de la Habana, el 27 de noviembre de 1963, …, cit., p. 2922.

[21] *Cfr.* Resuelvo CUARTO de la Resolución del Presidente del Banco Nacional de Cuba No. 119/1976…, cit. "Los vinculados a un centro de trabajo estatal, lo acreditarán mediante documento expedido por el referido centro, en el cual se harán constar las siguientes particularidades: nombre y apellidos del solicitante, número del expediente laboral, el cargo que desempeña y el salario que devenga. Los jubilados demostrarán tal condición mediante la exhibición de la chequera para el cobro de la jubilación y los declarados con capacidad laboral disminuida, con la exhibición del certificado médico correspondiente" (p. 278). El apartado primero del propio resuelvo estableció la edad de 18 años para poder ser cuentapropista.

[22] *Cfr.* artículo 8 (hoy artículo 9) de la Constitución de la República de Cuba sin reformar, , pp. 16-17.

[23] *Cfr.* artículo 44 (actual 45) constitucional, Ídem, pp. 35-36.

[24] Por la propia disposición jurídica quedaron exceptuados de cumplir el requisito de vinculación laboral: las mujeres, los hombres que sin estar jubilados hubieran arribado a la edad de jubilación, y los que solicitaran inscribirse para ejercer las actividades de modista o sastre, barbero, peluquero, lavandero, jardinero, artesano, relojero, chofer de alquiler, zapatero y limpiabotas.

En el período analizado se moldearon los elementos de las actividades que de manera independiente, por cuenta propia, se ejercieron de forma legal en el país. El gobierno[25] dejó abierta la posibilidad futura de autorizar otras labores, de conformidad con la política que al efecto dictara en dependencia del desarrollo de la economía nacional.

Precisamente, en la práctica, el modelo económico estatal cubano exteriorizó la imposibilidad de satisfacer todas las necesidades de la población en relación con determinados productos y servicios indispensables que prestaban estos sujetos (cuentapropistas), razón por la cual se hizo ineludible ampliar y ordenar jurídicamente la contribución del trabajo por cuenta propia en aquellas actividades debidamente autorizadas.[26]

Fue necesario reglamentar el trabajo personal independiente a fin de encauzarlo por fines acordes con los principios de la sociedad socialista. En este contexto, se estipuló el Decreto-Ley No. 14/1978 que significó un hito en la regulación del cuentapropismo en Cuba.[27] La citada disposición jurídica mantuvo e incorporó otros requisitos para poder prestar por cuenta propia servicios o elaborar productos dentro de los marcos no prohibidos.

La vinculación laboral a un centro estatal se conservó como condición para poder ejercer cualquiera de las actividades permitidas, a lo que se agregó la observancia por los aspirantes a cuentapropistas de una correcta conducta, diligencia y disciplina laborales. No bastaba, por tanto, la existencia de una relación jurídica laboral, sino que era necesaria la acreditación por la administración del centro de trabajo, de la gestión conductual del trabajador.

En aquellos casos en que no era indispensable el vínculo laboral con un centro estatal, debía ser por razones ajenas a la voluntad de los sujetos. El derecho a acceder a estas actividades (por cuenta propia), de las personas en situación de desvinculación laboral, se supeditó a reglas y procedimientos excepcionales. El rechazo de los sujetos (potenciales cuentapropistas) de "ofertas de empleo en organismos, empresas o unidades presupuestadas estatales adecuadas a su calificación, o evidencien con su conducta que rehúyen o no procuran empleo que los vincule laboralmente a un centro de trabajo",[28] fue causal determinante

[25] *Cfr.* Resuelvo SEXTO de la Resolución del Presidente del Banco Nacional de Cuba No. 119/1976 …, cit.

[26] *Cfr.* primer y segundo POR CUANTO del Decreto-Ley No. 14 de fecha 3 de julio del año 1978. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, año LXXVI, número 21, La Habana, viernes 7 de julio de 1978.

[27] *Cfr.* Decreto-Ley No. 14 de fecha 3 de julio del año 1978. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, año LXXVI, número 21, La Habana, viernes 7 de julio de 1978, p. 261.

[28] El propio artículo estableció la pérdida del derecho de ejercer actividades por cuenta propia ante la negativa de aceptar ofertas de trabajo en entidades estatales. *Cfr.* artículo 2 del Decreto-Ley No. 14/1978, …, cit., p. 261. También se estableció que podían ejercer estas actividades los trabajadores jubilados por vejez, los trabajadores con capacidad

para impedir la prestación de servicios o elaboración de productos bajo esta modalidad de trabajo.

El trabajo por cuenta propia en este escenario no se concibió como una forma de actuar y participar en la economía socialista. Solo se asintió en las producciones y los servicios que las organizaciones estatales no estuvieron en condiciones de satisfacer totalmente en un momento dado, tanto en su cuantía como en la forma de la prestación.[29] En la realización de actividades autorizadas, solo podían utilizarse herramientas manuales o máquinas elementales.[30] Ello se acopló con los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar en manos de los ciudadanos cubanos, al amparo de la reconocida, constitucionalmente, propiedad personal; por lo cual se enmarcó en producciones rudimentarias.

El Estado se encargó de la comercialización de los productos elaborados por cuenta propia, ya que, al prohibirse como regla general la venta a la población e intermediarios, solo fue posible realizarla a entidades estatales, organizaciones sociales y políticas de acuerdo con las modalidades y demás condiciones pactadas en los contratos que a tales efectos se celebraron. Consecuentemente, los cuentapropistas no pudieron tener establecimientos abiertos al público, ni instalaciones fijas o móviles en la vía pública, ni ejercer como vendedores ambulantes. Se debe precisar que los órganos locales del Poder Popular fueron competentes para determinar la zona, lugar y forma en que se pudo realizar el comercio directo a la población, para lo que se atendió a las características propias del servicio. Asimismo determinaron las actividades que pudieron prestarse a domicilio. No obstante, esto fue la excepción.

Diferentes formas de la actividad administrativa del Estado se manifestaron en el ejercicio del cuentapropismo desde sus inicios: la determinación de los precios o tarifas que rigieron en la prestación de los servicios o adquisición de bienes, el control sobre la calidad de estos, la inspección y fiscalización de las operaciones que con tales propósitos se desplegaron, entre otros.

La realización personalísima del ejercicio de actividades laborales por cuenta propia por los trabajadores inscriptos en el Registro de Contribuyentes a estos efectos, o con ayuda familiar no retribuida se constituyó como un principio perenne en el desarrollo del fenómeno del cuentapropismo en Cuba. A juicio

---

laboral disminuida no vinculados laboralmente, así como las amas de casa, siempre que cumplieran con los requisitos establecidos. *Cfr.* artículo 3 de la propia disposición legal.

[29] Dichas actividades se gravaron con un impuesto consistente en una cuota fija mensual que determinó el Comité Estatal de Finanzas. En este sentido, se destaca la formulación del tercer párrafo del artículo 19: "En aquellos casos en que se produzcan ingresos excesivos en cualquiera de las actividades, se faculta al Comité Estatal de Finanzas para definir y establecer la aplicación de una escala impositiva variable en función de dichos ingresos excesivos, que sustituya la cuota fija mensual".*Cfr.* artículo 19 del Decreto-Ley No. 14/1978, Ibíd.

[30] *Cfr.* artículos 7 y 8 del Decreto-Ley No. 14/1978, Ibíd.

del investigador, amén de que las normativas no lo explicitaron, debe entenderse en la *ratio* del legislador la palabra retribución en términos salariales y enajenantes que propician explotación del trabajo ajeno, pues el auxilio familiar se proyectó como expresión de la colaboración y cooperación entre los miembros de la familia, pero donde cada uno satisficiere sus necesidades materiales y culturales. En la disposición creada por el Consejo de Estado se flexibilizó este principio de ayuda familiar, pues anteriormente estaba reducido a personas convivientes (dos) con el titular de la actividad.

La década del ochenta, en relación con la modalidad laboral por cuenta propia, se caracterizó por la proliferación normativa de disposiciones conjuntas entre los extintos Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social.[31] Por mandato del artículo 7 del Decreto-Ley No. 14/1978 las producciones y los servicios que a su amparo se desarrollaron, debían ser determinadas anualmente por los citados organismos estatales. Una oscilación ascendente y descendente respecto al número de actividades autorizadas caracterizó la legislación en la materia.

Se patentizaron algunos principios que permanecieron incólumes en esta etapa (1978-1993): prohibición de contratar trabajo asalariado, escaso desarrollo de las fuerzas productivas, las que estaban sujetas a las limitaciones impuestas al sector; exigencia de la edad laboral de 17 años para acceder al cuentapropismo; vínculo laboral con un ente estatal o de lo contrario inscripción en la reserva estatal [no obstante se amplió los sujetos que podían ejercer dichas actividades]; proscripción de ejercicio laboral por cuenta propia para todos los graduados de nivel superior y de técnico medio, excepto en los casos en que éstos últimos demostraran fehacientemente su imposibilidad de encontrar empleo y con el compromiso expreso de aceptar el puesto adecuado que se les

[31] Véase: Resolución del Presidente del Banco Nacional de Cuba No. 119/1976..., cit.; artículo 1 inciso c) del Decreto-Ley No. 14/1978..., cit.; Resolución Conjunta del Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social No. 9 de fecha 7 de febrero de 1981. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 22, año LXXIX, lunes 23 de febrero de 1961, La Habana, pp. 305 y ss.; Resolución Conjunta del Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social No. 14 de fecha 30 de octubre de 1982. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 51, año LXXX, sábado 30 de octubre de 1982, La Habana, pp. 233 y ss.; Resolución Conjunta del Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social No. 15 de fecha 21 de febrero de 1984. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 3, año LXXXII, viernes 24 de febrero de 1984, La Habana, pp. 13 y ss.; Resolución Conjunta del Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social No. 19 de fecha 11 de diciembre de 1984. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 91, año LXXXII, miércoles 26 de diciembre de 1984, La Habana, pp. 1584 y ss.; Resolución Conjunta del Comité Estatal de Finanzas y el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social No. 23 de fecha 23 de diciembre de 1985. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 89, año LXXXIII, lunes 23 de diciembre de 1985, La Habana, pp. 1466 y ss.

asignara cuando surgiera la posibilidad. Igualmente, se negó la realización de esta forma de trabajo a las personas que ocuparon cargos de dirección en empresas estatales, unidades presupuestadas o en cualquier otra entidad del sector estatal.

El proceso de rectificación de errores y tendencias negativas de los años ochenta, supuso el análisis de problemáticas que emergieron en la sociedad cubana y que estaban relacionadas con el sector de trabajadores por cuenta propia. En algunos casos se sobrepasó los marcos establecidos para estas actividades laborales, desnaturalizando sus objetivos. Este aspecto se planteó por la máxima dirección del país: «Ha habido prostituciones alrededor de varias iniciativas, de varias medidas establecidas, por una necesidad o por otra, o por un esfuerzo de mejorar los servicios o liberar fuerza de trabajo, que enseguida los espíritus mezquinos y los egoístas aprovecharon para desvirtuar, porque aquí se han desvirtuado unas cuantas cosas (…)».[32]

La venta o reventa a precios excesivos, muy diferentes a los costos de producción, unidos a ilegalidades en el desarrollo del cuentapropismo, fueron el detonante para la disminución del número de actividades del sector, pues, «algunos han confundido el trabajo por cuenta propia con el capitalismo, o con el derecho a ejercer el comercio capitalista, ¡algunos lo han confundido! Sí, de esos problemas tenemos».[33]

Sin embargo, la realidad de la nación, agravada tras el derrumbe de la experiencia socialista de Europa del Este, impuso la necesidad de aumentar el trabajo por cuenta propia y considerarlo como una alternativa ante los desafíos que se abrían[34]. En las condiciones del llamado período especial, en que la economía del país se vio afectada por la falta de recursos materiales de diversos tipos, fue aconsejable la ampliación del cuentapropismo donde participarían personas con actitudes y posibilidades para ello[35]. Su expansión creó condiciones para el control estatal de labores que se realizaban anteriormente de forma casi total, al margen de la ley en el ámbito de la economía sumergida.[36]

---

[32] Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en el acto clausura del IV Congreso de la UJC, efectuado en el teatro Karl Marx, el 4 de abril de 1982, ob. cit., p. 12 063.

[33] Castro Ruz, Fidel: Discurso pronunciado en el acto central por el XXV aniversario de la victoria de Girón, efectuado en el teatro Karl Marx, el 19 de abril de 1986, ob. cit., p. 12 749.

[34] *Cfr.* artículo 1 del Decreto-Ley 141 de fecha 8 de septiembre de 1993. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 5, año XCI, miércoles 8 de septiembre de 1993, La Habana, p. 11.

[35] *Cfr.* primer POR CUANTO de la Resolución Conjunta No. 1 de los Comités Estatales de Finanzas y Trabajo y Seguridad Social No.1 de fecha 8 de septiembre de 1993. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 5, año XCI, miércoles 8 de septiembre de 1993, La Habana, p. 11.

[36] "Sí resulta evidente que la sociedad cubana actual otorga un espacio a los ciudadanos para que ejerzan el trabajo por cuenta propia como actividad económica complementaria de una economía predominantemente estatal. Ello es válido aún a sabiendas de que, dado el

Esta medida estuvo antecedida por la reforma constitucional del año 1992 y se insertó en los cambios que se llevaron a cabo con la intención de oxigenar el sistema socioeconómico socialista, propósito que se ratificó desde el poder político: "Que nadie se confunda en el mundo que porque hagamos una empresa mixta estamos renunciando al socialismo, que porque permitamos una inversión extranjera donde tengamos que permitirlo estamos renunciando al socialismo, que porque hagamos cuantas sociedades sean posibles con empresas extranjeras estamos renunciando al socialismo; que nadie se imagine que porque autoricemos el trabajo por cuenta propia, para facilitar muchas cosas en una situación como en la que estamos, en que hay excedente de recursos humanos y que muchos problemas pueden ser resueltos por esa vía, estamos renunciando al socialismo; que nadie se imagine que porque organizamos unidades básicas de producción cooperativa estamos renunciando al socialismo, ¡porque eso es socialismo!".[37]

A partir de ese momento (1993) se produce una restructuración de las actividades laborales por cuenta propia. Se cambia de perspectiva; de ser una modalidad de trabajo transitoria, se formula como opción de empleo. Dentro de las personas autorizadas se encontraban los trabajadores sobrantes o subsidiados por racionalización de las actividades en su centro de trabajo y los no vinculados por razones ajenas a su voluntad.[38]

Las circunstancias presentes en la Cuba de los noventa, convirtieron al cuentapropismo en una iniciativa para satisfacer necesidades de la población que no podía solventar el Estado por las difíciles condiciones económicas internas.[39]

---

actual desequilibrio financiero interno, la coyuntura brindará a muchos de ellos ingresos extraordinarios que, sin embargo, serían mayores e incontrolables si los obtuvieran por la vía de la economía sumergida exclusivamente". Rodríguez García, José Luis: "Cuba 1990-1995: reflexiones sobre una política económica acertada", Revista *Cuba Socialista*, No. 1, tercera época, Ed. Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1991, p. 25.

[37] Castro Ruz, Fidel: Discurso en el Acto de clausura de la Asamblea de Balance del Trabajo, Renovación y Ratificación de mandatos del PCC en Ciudad de La Habana, efectuada en el Palacio de las Convenciones, en fecha del 7 de noviembre de 1993. Versiones taquigráficas del Consejo de Estado, Centro de Documentación del Comité Central del PCC.

[38] *Cfr.* Resuelvo PRIMERO de la Resolución Conjunta No. 1/1993…, cit.

[39] Se concuerda con el criterio que señala que las circunstancias económicas que se manifestaron en Cuba, junto al bloqueo norteamericano y sus consecuencias para la economía de la Isla, dieron lugar a "un proceso muy complejo y contradictorio que ha cambiado notablemente la dinámica económica y social del país, principalmente: a) se ha diversificado la propiedad económica, en lo fundamental por la presencia de empresas extranjeras, la generalización de cooperativas en la agricultura y la ampliación del trabajo por cuenta propia; b) se ha modificado la relación Estado-economía, pasando a un Estado más regulador y menos empresario, aunque retiene una posición dominante como propietario de medios de producción; c) se liberalizó la tenencia y circulación de divisas, lo que ha dado lugar a una fractura del mercado interno; d) se ha abierto nuevos espacios de mercado para los productos agropecuarios, ciertos servicios y producciones menores". Carranza-Valdés,

De hecho, la lista de oficios de las producciones y los servicios que se autorizaron dependió (incremento y reducción) de las experiencias y conveniencia del país y estuvo subordinada al espíritu práctico y las demandas ciudadanas.[40]

Se ratificó como política del Estado la exclusión de los graduados universitarios del ámbito de productores y prestadores que actuaban por propia cuenta, bajo el fundamento de que debían entregar sus conocimientos a las necesidades del país y en beneficio de toda la sociedad que costeó de forma total y gratuita la formación. La única vía de empleo para este sector de la sociedad fue la estatal, realidad que dio al traste con la informalidad e ilegalidad de actividades por ellos realizadas. Al limitar la acción de los profesionales universitarios y otros grupos –por valorar la importancia, repercusión y función social de las actividades que desempeñan, y la dedicación al trabajo que estas demandan– se pasó por alto que, en condiciones económicas difíciles, todas las personas buscan vías para satisfacer sus necesidades básicas, independientemente del nivel de instrucción, la profesión, etcétera.[41]

La comercialización de los productos dio un giro radical. En las nuevas condiciones se permitió la venta directa a la población con algunas restricciones para evitar la proliferación excesiva de vendedores en determinadas áreas. La adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales, antes regla general, en esta etapa se manifestó como excepción, ya que solo fue posible en servicios de transportación por tracción animal, actividades vinculadas con la agricultura o producciones útiles para la población.[42]

Las relaciones entre el sector estatal y el cuentapropismo se desarrollaron sobre una base complementaria, en algunos casos de forma innecesaria, o sea, el Estado no se retiró de ninguna actividad en la que concurrieron, además, los trabajadores por cuenta propia. Con este elemento se evidenció, en alguna medida, una contradicción con las modificaciones introducidas, por la reforma constitucional del año 1992, al sistema socioeconómico del país. Si el Estado se quedó como titular de los bienes fundamentales de producción, fue contraproducente que mantuviera el ejercicio de aquellas actividades –menores por su impacto económico (peluquerías, barberías, talabarterías, sastrería, entre otras)– realizadas sobre la base de medios no fundamentales que gravitaban en la esfera patrimonial de otros sujetos, cuestión que no implicaba la abulia administrativa o el descontrol político.

Julio: "La economía cubana. Crisis y reinserción regional", *Revista Nueva Sociedad*, No.135, enero-febrero, La Habana, 1995, pp. 13-17.

[40] *Cfr.* Resuelvo CUARTO de la Resolución Conjunta No. 1/1993.., cit.

[41] Núñez Moreno, Lilia: "Más allá del cuentapropismo en Cuba"…, cit., p. 44.

[42] *Cfr.* Resuelvo DECIMOPRIMERO de la Resolución Conjunta No. 1/1993…, cit.

Durante el período que media entre los años 1993-2010, legalmente,[43] se acentuaron, modificaron e incluyeron algunas características del trabajo por cuenta propia:

- Se permitió mediante autorización el ejercicio de la modalidad laboral a profesionales universitarios,[44] siempre que no fuera en la profesión o especialidad de graduación.
- Ampliación de los sujetos cuentapropistas (jubilados por cualquier motivo, personas discapacitadas, personas que presenten capacidad laboral disminuida, amas de casa, trabajadores vinculados a centros de trabajo) a trabajadores disponibles pendientes de reubicación y a aquellos desvinculados laboralmente.[45]
- Autorización a ciudadanos cubanos y extranjeros residentes permanentemente en el territorio nacional.
- Consideración como una alternativa de empleo y complemento de algunas actividades estatales en la producción de bienes y la prestación de servicios útiles a la población.
- Admisión del ejercicio directo de la comercialización de los productos y servicios sin la participación de intermediarios.
- Creación de un régimen de contravenciones administrativas para la modalidad laboral por cuenta propia.[46]

---

[43] Entre las disposiciones jurídicas que regularon la materia se encuentran: Resolución Conjunta No. 1 *"Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia"* de fecha 18 de abril de 1996 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 19, año XCIV, pp. 137 y ss.; Resolución Conjunta No. 1 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Finanzas y Precios de fecha 10 de abril de 1998 modificativa del *"Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia"*. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 22, año XCVI, lunes 4 de mayo de 1998, La Habana, pp. 379 y ss.; Resolución No. 8 de fecha 31 de marzo de 2003 de Ministro de Trabajo y Seguridad Social; Resolución No. 11 de fecha 25 de marzo de 2004 del Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 32, martes 11 de mayo de 2004, La Habana, pp. 2 y ss.; Resolución No. 9 de fecha 11 de marzo de 2005 del Ministro Trabajo y Seguridad Social. Gaceta Oficial de la República, edición extraordinaria, número 13, miércoles 25 de mayo de 2005, La Habana, pp. 1 y ss.

[44] A la fecha se mantuvo la autorización para los profesionales graduados con anterioridad al año 1964 y que estuvieran inscriptos en el Registro de Contribuyentes. *Cfr.* Disposición Especial PRIMERA de la Resolución Conjunta No. 1 *"Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia"* de fecha 18 de abril de 1996, ob. cit., p. 151.

[45] Una vez agotadas las posibilidades de empleo y mientras no renuncien a la oferta realizada por las direcciones de trabajo.

[46] *Cfr.* Decreto No. 186 de fecha 19 de febrero de 1994 "De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia". Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 1, año XCII, martes 22 de febrero de 1994, La Habana, pp. 1 y ss.; Decreto-Ley No. 174 de fecha 9 de junio de 1997, Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 22, año XCV, lunes 30 de junio de 1997, La Habana, pp. 337 y ss.

- Negativa (con algunas excepciones) de comercializar con personas jurídicas, tanto estatales como privadas o asociaciones con capital extranjero; por ende, la oferta de producciones y servicios estuvo encaminada a personas naturales.
- Libertad de precios en la venta de productos o la prestación de servicios.
- Subordinación del cuentapropismo a la real necesidad para garantizar la prestación de servicios en el territorio.
- Prohibición de reventa de artículos industriales o alimenticios adquiridos en la red de comercio minorista.
- Exclusión del ámbito de personas autorizadas a ejercer el cuentapropismo, de dirigentes políticos o administrativos, militares, funcionarios, jueces, fiscales o los que ostentaron cualquier cargo público similar, por designación o elección; los trabajadores sociales y técnicos en especialidades de Salud y Educación, teniendo en cuenta la importancia, repercusión y función social que desempeñaron y la dedicación al trabajo que dichas actividades demandaban. Tampoco se pudo ejercer el trabajo por cuenta propia en los domicilios de estos.
- Se abarcó actividades de producción y comercialización de los bienes y servicios en el domicilio del titular.
- Realización de una actividad por cuentapropista.
- En el ejercicio de la modalidad laboral en forma individual, persistió la prohibición de contratar fuerza asalariada.
- Renovación temporal de la autorización para desarrollar actividades de este tipo.
- Carácter municipal del ejercicio del trabajo por cuenta propia.
- Restricción de la ayuda familiar. Se circunscribió a la actividad de elaboración y venta de alimentos y bebidas en sus distintas modalidades (no menos de tres personas[47]).

En relación con este último elemento destaca que desde 1996 los familiares ayudantes fueron considerados como cuentapropistas al igual que el titular de la actividad. Atrás quedó[48] la colaboración y cooperación familiar, pues el auxilio podían prestarlo, además de cónyuges, padres, hermanos e hijos; los convivientes (familiares o no) del trabajador autorizado a prestar el servicio. Lo más significativo fue que se estableció un impuesto de un veinte por ciento del regulado para la actividad en la cual se ayudaba; de ahí que medió retribución en concepto de salario.

En este supuesto (convivencia de no familiares) se abrió la posibilidad de explotación del trabajo ajeno por la desconfiguración o desnaturalización de la ayuda familiar que se consagró como principio básico desde el surgimiento

[47] No obstante, se facultó al director municipal de trabajo y seguridad social, previo análisis pormenorizado y con carácter excepcional, la autorización de los casos que podían ejercer con una cifra menor a la señalada. *Cfr.* artículo 15, Ibíd.

[48] Cfr. artículo 1 inciso a) del Decreto-Ley No. 14/1978, Ibíd.

legal del trabajo por cuenta propia en Cuba socialista. Máxime si no se regularon los derechos y garantías de este conviviente no familiar que laboraba en la actividad y se dio margen a la desprotección de estos trabajadores.

El año 2010 figuró un cambio sustancial para el sector de trabajadores por cuenta propia en el país. El escenario social cubano advirtió la urgencia de introducir transformaciones[49] en el sistema económico y los sujetos actuantes en él. En tales circunstancias, se adoptaron medidas destinadas a flexibilizar esta modalidad laboral.

Entre los aspectos significativos que constituyen un viraje del modelo normativo del cuentapropismo se señalan: todos los ciudadanos cubanos y extranjeros residentes permanentemente en el país, mayores de 17 años, pueden ejercer el trabajo por cuenta propia cumpliendo los requisitos establecidos; aceptación del desarrollo de más de una actividad por cuentapropista; se levanta la prohibición de comercializar productos y servicios a entidades estatales, dentro de los límites financieros definidos; realización de la actividad por cuenta propia en otros lugares diferentes al domicilio del titular, entre otros.

La Resolución No. 32/2010 (Ministra de Trabajo y Seguridad Social) contentiva del "Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia" constituye un punto de ruptura con el régimen jurídico anterior en lo que al cuentapropismo se refiere. Al amparo de la citada disposición jurídica se permitió la contratación de trabajadores, o sea, fuerza laboral asalariada subordinada y dependiente de determinados cuentapropistas,[50] estableciéndose en algunos casos

[49] Para profundizar y lograr una visión integral de los cambios, desde una perspectiva teórico-práctica, véase: Piñeiro Harnecker, Camila: "Visiones sobre el socialismo que guían los cambios actuales en Cuba", *Revista Temas*, No. 70, abril-junio, La Habana, 2012, pp. 46 y ss.; Piñeiro Harnecker, Camila: "Empresas no estales en la economía cubana: ¿construyendo socialismo?", ob. cit., pp. 68 y ss.; Alonso, Aurelio: *Hay que reinventar el socialismo del siglo XXI*, Centro de Estudios Miguel Enrique, Archivo Chile, PF No. 541, pp. 2 y ss.; D´Angelo Hernández, Ovidio: "La burocracia en la dimensión compleja de la emancipación humana. Los retos del socialismo", *Revista Temas*, No. 67, julio-septiembre, La Habana, 2011, pp.117 y ss.; Díaz Vázquez, Julio: "Un balance crítico sobre la economía cubana. Notas sobre dirección y gestión", *Revista Temas*, No. 66, abril-junio, La Habana, 2011, pp. 123 y ss.; Nova González, Armando: "La propiedad en la economía cubana, un nuevo escenario y modelo agrícola", *Economía y Desarrollo*, Año XLIII, vol. 148, No. 2, julio-diciembre, Ed. Universidad de La Habana, 2012, pp. 139 y ss.; García Rabelo, Margarita: "Transición socialista y modelo de desarrollo económico en Cuba", en ob. cit., pp. 28 y ss.; Alfonso López, Félix Julio: "En el borde de todo: una incitación audaz a repensar el futuro de la revolución cubana", Reseña del libro *En el borde de todo. El hoy y el mañana de la revolución en Cuba*, de Julio César Guanche, Ed. Ocean Press/Ocean Sur. Disponible en: http://www.oceansur.com/product/en-el-borde-de-todo/, (Consultado en fecha 12 de octubre de 2013).

[50] *Cfr.* Anexo 3 de la Resolución No. 32 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social de fecha 7 de octubre de 2010. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria especial, número 12, año CVIII, viernes 8 de octubre de 2010, La Habana, pp. 124 y ss.

el mínimo de personas a contratar.[51] Estas limitaciones en cuanto a actividad y número de asalariados desaparecieron once meses después, cuando se autorizó[52] la plena contratación de fuerza de trabajo de terceros.[53] Ante las nuevas condiciones del desarrollo laboral por cuenta propia en Cuba, la divergencia conceptual entre unos (empresarios individuales) y otros (cuentapropistas cuya actividad es constitutiva de empresa), establecida sobre la base del empleo de trabajo asalariado, se diluye.

El vuelco en la manera de asumirse el trabajo por cuenta propia, que se concreta en medidas puntuales, significa un elemento de ruptura entre una proyección que hasta ese entonces consideró con recelo la existencia de este sector (aunque lo aceptaba como irremediable y necesario ante la situación económica del país) y otro enfoque que propugna una convivencia armónica entre el sector privado y la esfera pública, dentro de los contornos de la transición socialista.

El socialismo se define, entre otros elementos, por la forma en que los actores que se desarrollan en la economía producen y se apropian de los medios fundamentales o no de producción, por la socialización de lo producido, así como por las consecuencias que este proceso presenta para la relación sociedad-individuo; amén de la denominación, el número o la tipología de estos.

La exclusión de fuerza laboral asalariada que genera explotación se concibió y permanece como un principio socialista que actúa como soporte del sistema socioeconómico e implica la creación de espacios de socialización del poder y la economía que se expresan, además, en la intervención estatal cualificada, con fórmulas de participación popular y descentralización, cuando se intente vulnerar la dignidad plena del hombre, axioma superior de nuestro ordenamiento político-jurídico. En relación con este criterio, se aduce una problemática que surge en la contratación de trabajo asalariado por sujetos no estatales, pues puede colisionar con lo establecido constitucionalmente, desde una lógica socialista: no explotación del hombre por el hombre. En el plano jurídico,[54] las

[51] Ejemplo: elaborador vendedor de alimentos y bebidas mediante servicio gastronómico (paladares), para el cual se concibió un límite de 2 trabajadores contratados.

[52] Cfr. Resolución No. 33 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social de fecha 6 de septiembre de 2011. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 29, año CIX, miércoles 7 de septiembre del 2011, La Habana, pp. 309 y ss.

[53] Esta posibilidad fue ratificada por las Resoluciones No. 41 y 42 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, ambas de fecha 22 de agosto de 2013. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 27, año CXI, jueves 26 de septiembre de 2013, La Habana, pp. 250 y ss.

[54] No se desconoce que este análisis requiere de un enfoque integral, especialmente desde la economía política, pero por razones metodológicas se circunscribe al ámbito jurídico. Los padres fundadores del marxismo descodificaron la relación trabajo asalariado-propiedad privada al plantear que entre estas categorías existe una dependencia compleja: "Lo que crea [el trabajo asalariado] es capital, es decir, la propiedad que explota al trabajo asalariado y que no puede acrecentarse sino a condición de producir nuevo trabajo asalariado, para volver a explotarlo. En su forma actual la propiedad se mueve en el antagonismo entre el capital y el trabajo asalariado". A tenor de esta sentencia práctica (explotación del

fronteras entre la explotación y una fuente de empleo dignificante, se ubican en la garantía a los derechos de los trabajadores contratados que se diferencian de los cuentapropistas.[55]

La preceptiva constitucional regula un mandato imperativo expreso, en el sentido de que el Estado debe garantizar "que no haya hombre o mujer en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y la satisfacción de sus propias necesidades".[56] La opción del cuentapropismo u otras formas económicas privadas debe concebirse y manifestarse,[57] además, como una vía para solventar la situación de disponibilidad laboral, tras el reordenamiento en este ámbito en el país.[58] Este aspecto es conteste con la política de generar fuentes de empleo en el sector privado.[59] El quehacer estatal, en este sentido, debe estar dirigido a la protección de las relaciones laborales de los trabajadores contratados, por ende, en situación de dependencia, ajenidad y subordinación, con respecto a sujetos privados que ejercen actividades económicas.

El principio constitucional de igualdad, la composición del Estado cubano que se autodefine como "socialista de trabajadores (…), organizado con todos y para el bien de todos"[60] y la axiología del socialismo, constituyen los pilares político-jurídicos para la defensa de los sujetos laborales, cualesquiera que sean.

---

trabajo ajeno) en las circunstancias del siglo XIX –en el cual teorizaron– desmitificaron el vínculo entre el trabajo asalariado y los bienes que a través de él obtiene el obrero; para lo cual develaron las cadenas que arrastraban las masas trabajadoras, disfrazadas con la aparente libertad del individuo, que sucumbe ante la lógica del capital: "El precio medio del trabajo asalariado es el mínimo del salario, es decir, la suma de los medios de subsistencia indispensables al obrero para conservar su vida como tal obrero. Por consiguiente, lo que el obrero asalariado se apropia por su actividad es estrictamente lo que necesita para la mera reproducción de su vida. No queremos de ninguna manera abolir esta apropiación personal de los productos del trabajo, indispensable para la mera reproducción de la vida humana, esa apropiación, que no deja ningún beneficio líquido que pueda dar un poder sobre el trabajo de otro. Lo que queremos suprimir es el carácter miserable de esa apropiación, que hace que el obrero no viva sino para acrecentar el capital y tan sólo en la medida en que el interés de la clase dominante exige que viva". Marx, Carlos y Engels, F.: *Manifiesto del Partido Comunista*, Ed. Progreso, Moscú, 1980, pp. 61-62.

[55] Para profundizar en la relación laboral entre el cuentapropista y el trabajador contratado, véase: Mir Cowan, Amdiany de la C.: ob. cit., pp. 68 y ss.

[56] *Cfr.* artículo 9, inciso b) de la Constitución de la República vigente.

[57] *Cfr.* artículo 45 de la Constitución de la República vigente.

[58] *Cfr.* numeral 169 de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (Resolución del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba de fecha 18 de abril del 2011).

[59] *Cfr.* numerales 167 y 168 de los Lineamientos, Ibíd. Véase, también: artículo 13, inciso b) de la Resolución No. 34 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social de fecha 6 de septiembre de 2011. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria, número 29, año CIX, miércoles 7 de septiembre del 2011, La Habana, p. 317.

[60] *Cfr.* artículo 1 constitucional.

El reto está en cómo lograr que estos trabajadores puedan contribuir con los fines de la sociedad socialista, más allá del mecanismo tributario que existe.

La creación del empleo en Cuba debe ser expresión de la colaboración público-privado, en la medida en que el Estado potencie las actividades privadas en aquellos ámbitos que no se levantan sobre los medios fundamentales de producción. Por ello, no solo tiene que potenciar la ocurrencia de estas actividades, sino que debe controlarlas para garantizar las obligaciones sociales de los sujetos que las ejercen y su direccionamiento político.

En Cuba la iniciativa privada para realizar cualquier actividad económica es limitada, pues existe un sistema de *numerus clausus* de labores que pueden ejercerse de manera privada (por cuenta propia), su alcance y los organismos o entidades facultadas para otorgar la autorización.[61] Esto tiene como consecuencia que la realidad social, a menudo, desborde los estrechos marcos del Derecho. Determinar categorías demasiado específicas frena la iniciativa individual encaminada a perfilar una oferta de bienes y servicios diversa. Debe evaluarse la posibilidad de enumerar las actividades prohibidas y someter a técnicas e instrumentos de limitación administrativa, en razón de la materia, el acceso a actividades económicas.

Admitida la propiedad individual sobre los medios no fundamentales de producción,[62] el problema estriba, precisamente, en los límites que desde el sistema político y socioeconómico se imponen a la actividad que se despliega con soporte en este tipo de bienes.

La existencia de un ámbito de propiedad individual, donde la persona se realiza en sí misma como ser social, es primordial para el socialismo. Sin embargo, un aspecto a replantearse es el hecho de que, retenidos en manos del Estado los medios fundamentales de producción –aquellos indispensables para la salvaguarda de un régimen sociopolítico, sobre el que se levantan un conjunto de valores que propician la reproducción del propio régimen–, ese espacio de realización personal trasvase los bienes de carácter individual y aparezcan en él fórmulas privadas con utilización de mano de trabajo ajeno que alteren la funcionabilidad del sistema.

Paralizar, en este contexto de actualización, la enajenación del individuo de su realidad, la realidad social; evitar que el trabajador se convierta en esclavo de su propia labor y que el sector privado contratista se aliene de la sociedad, de sus fines y objetivos en todos los órdenes de la vida social; es clave de éxito para el sistema político. A tales propósitos, entre otros, debe encauzarse la acción interventora del Estado, en particular de la Administración Pública.

---

[61] *Cfr.* Resolución No. 42/2013 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social…, cit.

[62] Y de aquellos bienes considerados fundamentales, a tenor de la excepcionalidad de cesión total o parcial de estos, reconocida constitucionalmente en el artículo 15 de la ley de leyes. *Cfr.* Constitución de la República de Cuba, cit.

Notas sobre el trabajo por cuenta propia y la fiscalidad en Cuba

Orestes J. Díaz Legón*

Introducción

Cuba se encuentra inmersa en un proceso de reforma económica –según el discurso oficial, actualización del modelo económico–. Después de un amplio debate popular, los *Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución*, aprobados en abril de 2011 durante la celebración del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, constituyen la plataforma programática de los cambios a acometer.

La nueva política económica intenta abordar las dificultades con un enfoque más integral, se perfilan líneas de trabajo para el corto y el mediano plazo, aunque la acumulación de problemas y la diversidad de causas –externas e internas, objetivas y subjetivas– que influyen en el comportamiento actual de la marcha de la economía hacen que el punto de partida sea extremadamente complejo. De lo anterior se deriva que habrá que sortear un sinnúmero de dificultades para alcanzar el estado deseado, elevar la eficiencia de la economía, "desatar las fuerzas productivas", mantener y perfilar con contornos más nítidos la política social y hacer "próspero y sostenible" nuestro socialismo.

De cara a lo que trataremos, dos aspectos se enfatizan en el nuevo contexto: primero, la diversificación de los actores económicos: se reconocen y promueven otras formas de gestión como el trabajador por cuenta propia, aunque la empresa estatal continuará siendo el pivote de la economía doméstica (Lineamiento 02); segundo, el papel esencial de la política fiscal y, por esa vía, del sistema tributario, es decir, el reforzamiento de la tributación como uno de los instrumentos con que cuenta el Estado para influir en el logro de sus objetivos económicos (Lineamientos del 56 al 65).

Estos son de los aspectos en que más se ha avanzado. Unos meses después de la aprobación de los *Lineamientos* se publicó un paquete normativo[1] conten-

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor Auxiliar de Derecho Financiero, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria Especial, No. 12, de 8 de octubre de 2010.

tivo, entre otras disposiciones jurídicas, del *Reglamento del ejercicio del trabajador por cuenta propia*[2] y, su par inseparable, el régimen tributario aplicable;[3] y en el año 2012 asistimos a una reforma tributaria.[4]

El reconocimiento y promoción del trabajo por cuenta propia parece ser un proceso irreversible.[5] Sin embargo, el mismo no ha estado exento de carencias teóricas, contradicciones y limitaciones en la instrumentalización.

El trabajo por cuenta propia ha estado presente en todo momento de nuestra existencia socialista; no obstante, su posicionamiento, tanto cualitativo como cuantitativo, en el terreno económico no ha tenido igual significación. Reconocerle al trabajador por cuenta propia un rol complementario en el desarrollo económico del país es un elemento destacable en el panorama actual, pero para la materialización de tal idea es necesaria la articulación de diferentes políticas –entre otras, la crediticia, la tributaria, de capacitación y asesoramiento, de acceso a la compra de insumos, de importación– de forma coherente y sistémica.

A partir de lo antes expuesto, las siguientes líneas van encaminadas a analizar el régimen tributario del trabajador por cuenta propia, desde 1959 hasta la actualidad.

Repaso por el trabajo por cuenta propia y su régimen tributario (1959 – actualidad)

Una conclusión anticipada: El reconocimiento y fomento del trabajo por cuenta propia se ha caracterizado por la elasticidad, se adapta/amplía o limita su alcance en función de las coyunturas económicas y consideraciones político-ideológicas.

---

[2] Resolución No. 32 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, MTSS), de 7 de octubre de 2010.

[3] Resolución No. 286 (Ministerio de Finanzas y Precios, MFP), *Normas relativas al pago de los Ingresos Personales, sobre las Ventas, sobre los Servicios Públicos, y por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, y las referentes al pago de la contribución a la Seguridad Social por los trabajadores por cuenta propia*, de 7 de octubre de 2010.

[4] La misma se hizo efectiva a través de la Ley No. 113, *del Sistema Tributario*, de 23 de julio de 2012 y el Decreto No. 308, *Reglamento de las normas generales y de los procedimientos tributarios*, de 31 de octubre de 2012; ambos publicados en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria, No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

[5] Raúl Castro Ruz, en el discurso pronunciado en la clausura del Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el 18 de diciembre de 2010, expresó: "Los pasos que hemos venido dando y daremos en la ampliación y flexibilización del trabajo por cuenta propia, son el fruto de profundas meditaciones y análisis y podemos asegurar que esta vez no habrá retroceso". *Vid. Juventud Rebelde*, Edición única, Año 46, No. 51, 19 de diciembre de 2010, p. 4.

Claro está, el desarrollo exhaustivo de la metodología necesaria para arribar a dicha conclusión es algo que excede estas páginas. En tal sentido nos limitaremos a puntualizar algunos momentos del desenvolvimiento del trabajo por cuenta propia, que nos permitan sentar pautas argumentativas para nuestro decir. Para esto, estableceremos cinco periodos: 1959-1975, 1976-1985, 1986-1989, 1990-2009 y 2010 hasta la actualidad; por supuesto, cada una de estas etapas está signada por tensiones, complejidades, altos y bajos, por lo que incluso a lo interno de cada una podrían hacerse otras periodizaciones.

1. 1959-1975

El triunfo revolucionario del 1ro de enero de 1959 marca un punto de giro en el desarrollo de nuestra historia, trastoca todos los órdenes: político, económico, social, cultural, ideológico, jurídico, etcétera. Esta primera etapa desde un punto de vista económico se caracterizó, *grosso modo*, por una supresión paulatina de la propiedad privada a través de un proceso de nacionalizaciones, la consecuente concentración de la propiedad de la mayoría de los bienes de producción en manos del Estado, el establecimiento del modelo de planificación centralizada –creándose la Junta Central de Planificación (JUCEPLAN)–, el control estatal del comercio exterior, coexistencia de dos sistemas de dirección económica –el financiamiento presupuestario, para la mayor parte de la industria, y el cálculo económico, que se implementó parcialmente en la agricultura, el comercio exterior y una parte de la industria–, el fomento de las producciones agropecuarias y una industrialización acelerada.

Desde un punto de vista fiscal tres normas jurídicas deben comentarse. El 14 de julio de 1959 se dictó la Ley No. 447, Ley de Reforma Tributaria, a través de la cual se simplificó el sistema tributario –en el régimen anterior existían más de ciento cincuenta impuestos–. Esta norma jurídica estableció un impuesto general sobre ingresos que gravaba los ingresos provenientes de retribuciones al trabajo por concepto de sueldos, sobresueldos, gratificaciones, dietas, honorarios y otras remuneraciones; las retribuciones al capital, por concepto de intereses y dividendos de valores y acciones; y las utilidades de las empresas. La misma fue derogada por la Ley No. 998, de 5 de enero de 1962, desde su articulado se desestimulaba la concentración de medios de producción en manos distintas de las del Estado. A través de ella se estableció un impuesto que gravaba los ingresos de los trabajadores, militares, cooperativistas, empresarios, socios, gerentes, trabajadores por cuenta propia y las empresas privadas, agricultores o empresas agrícolas y cooperativas.

Por último, a través de la Ley No. 1213, de 27 de junio de 1967 se desmontaba en gran medida el sistema de imposición directa sobre la renta; según su letra "las personas naturales y las jurídicas, que se dediquen a la explotación agrícola, pecuaria o pesquera están exentas de todo tipo de impuesto"; asimismo,

"los salarios o remuneraciones de los trabajadores, cualquiera que fuere el empleador para el cual laboren, estarán exentos de todo impuesto y se pagarán en su cuantía neta o cantidad que real o efectivamente cobraban hasta dicha fecha". En tal sentido, los trabajadores por cuenta ajena no estaban sujetos al pago de tributo alguno.

Para el caso del trabajador por cuenta propia, se derogó el impuesto sobre los ingresos que venían satisfaciendo, sustituyéndose por un impuesto que se liquidaba a través del pago de una cuota fija mensual. Estaban compelidos al cumplimiento de dicha obligación las personas naturales que para la práctica de una profesión, arte u oficio, o que para el desarrollo de cualquier actividad mercantil, industrial o de servicio, laborasen solas o con ayuda familiar –circunscrita a la utilización de no más de dos personas siempre que residiesen en el mismo domicilio del contribuyente– sin emplear temporal o permanentemente personal asalariado y que no tuviesen establecimiento abierto al público. Le correspondía al Banco Nacional, previa consulta a la JUCEPLAN, la determinación de las actividades por cuyo ejercicio se estaría obligado al pago del impuesto y el establecimiento de la cuota fija mensual correspondiente y su forma de pago.

Como puede advertirse, si bien no existieron pronunciamientos normativos con respecto al establecimiento de un régimen jurídico general aplicable al sector cuentapropista, sí existían desde una perspectiva tributaria.

Pasos firmes en aras de eliminar el sector privado se darían en el año 1968, a través del proceso de Ofensiva Revolucionaria. Como resultado solo permanecieron como formas de propiedad privada las parcelas campesinas, que abarcaban un 30 % de las tierras, y una parte ínfima del transporte que siguió funcionando como propiedad personal de los que la explotaban directamente.

En el año 1975 se celebra el I Congreso del Partido Comunista de Cuba, donde se analizan los avances y errores cometidos hasta el momento en la esfera económica,[6] sentándose las pautas para el trabajo que debía acometerse en el futuro.

---

[6] En este marco Fidel Castro Ruz reflexionó: "En marzo de 1968 se llevó a cabo una ofensiva revolucionaria, en virtud de la cual un gran número de pequeñas empresas pasó a manos de la nación. Tal medida no era necesariamente una cuestión de principios en la construcción del socialismo en esa etapa, sino el resultado de la situación específica de nuestro país en las condiciones de duro bloqueo económico impuesto por el imperialismo y la necesidad de utilizar de modo óptimo los recursos humanos y financieros, a lo que se sumaba la acción política negativa de una capa de capitalistas urbanos, que obstruían el proceso". *Vid. Informe del Comité Central del PCC al Primer Congreso presentado por el compañero Fidel Castro Ruz, Primer Secretario del PCC*, Editorial de Ciencias Sociales, Ciudad de La Habana, 1978, p. 49.

2. 1976-1985

En fecha 24 de febrero de 1976 se promulga la Constitución de la República. En la misma se reconocen cinco formas de propiedad: la estatal irreversible –"la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción"–, la del agricultor privado, la cooperativa, la personal y la de las organizaciones políticas, sociales y de masas. Es una etapa que se caracteriza por la profundización de la institucionalización, la implementación del Sistema de Dirección y Planificación de la Economía (SDPE), manifestaciones de crisis financiera-comercial y subempleo, fundamentalmente a partir de finales de 1984.

En este contexto se aprueba el Decreto-Ley No. 14, de 7 de julio de 1978, primera norma jurídica revolucionaria para el sector cuentapropista. Los requisitos y condiciones para el ejercicio de la actividad eran los siguientes: a) Que dichas actividades laborales se realicen por los trabajadores autorizados, solos o con ayuda familiar no retribuida y, por consiguiente, sin emplear personal asalariado y que para determinadas actividades posean el título, diploma o certificado exigidos por la legislación vigente, lo cual deberá acreditarse;[7] b) Los trabajadores tienen que inscribirse previamente en el registro de contribuyentes y pagar el impuesto correspondiente; c) Hay que cumplir los demás requisitos que se establecen en las disposiciones complementarias y en las demás disposiciones legales aplicables a la materia; d) En los casos en que el ejercicio de la actividad de que se trate requiera del permiso, licencia o autorización especial de un organismo central del Estado, rector de la rama correspondiente, o de un órgano local del Poder Popular, se presente el documento acreditativo pertinente, como requisito para la inscripción en el Registro de Contribuyente.

El Comité Estatal de Finanzas (CEF), el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social (CETSS), el Ministerio de Comercio Interior (MINCIN), teniendo en cuenta los criterios de los Órganos Locales del Poder Popular, determinaban anualmente las actividades autorizadas según aquellas producciones y servicios que las entidades estatales no estaban en condiciones de satisfacer.

[7] Como sujetos autorizados se preveía a los trabajadores vinculados a un centro de trabajo y aquellos que por razones ajenas a su voluntad no estaban contratados laboralmente. De igual manera, podían ejercer el trabajo por cuenta propia los jubilados por vejez, las personas con capacidad laboral disminuida no vinculados y las amas de casas, siempre que cumpliesen los requisitos y condiciones establecidos por la norma para ser ejercidas.
Asimismo, incluía como actividades permitidas la de los médicos, estomatólogos, veterinarios, mecánicos dentales, optometristas y quiropedistas graduados con anterioridad al año 1964. Estas personas continuaron el ejercicio privado de la profesión de manera ininterrumpida y cumpliendo con las formalidades exigidas, sin posibilidad de nuevas incorporaciones debido al carácter estatal de la asistencia médica, estomatológica y veterinaria.tomatosistencia mas, sin posibilidad de nuevas incorporaciones debido al caracter e le atribuye la condicion

También dispuso que la inscripción en el Registro de Contribuyentes tuviera la duración de un año con la condición de renovarse para poder continuar su ejercicio, así como estableció un impuesto que gravaba el ejercicio de las actividades por cuenta propia.

En fecha 23 de diciembre de 1985 se emite la Resolución Conjunta No. 23 (CEF-CETSS), a través de la cual se autorizó el ejercicio de 69 actividades por cuenta propia; prohíbe la realización de este tipo de actividad para los graduados de nivel superior y técnico medio, excepto en el caso de los últimos que demuestren su imposibilidad de encontrar empleo; similar pronunciamiento existe con respecto a las personas que ocupan cargos de dirigentes en el sector estatal. Estableció el mecanismo de cuotas mensuales para los trabajadores a título independiente que percibieran ingresos brutos mensuales que no excedieran de 250.00 pesos; para los que obtuvieran ingresos brutos superiores a 250.00 pesos se estableció la liquidación del impuesto a través de la aplicación de una escala progresiva.

3. 1986-1989

Se trata de un lapso marcado por eventos que sin lugar a dudas tendrían su impacto en los años que estaban por llegar. Valga mencionar: el inicio (sin conclusión) del "proceso de rectificación de errores y tendencias negativas", el desplome del campo socialista, la pérdida de los principales mercados de importación y exportación de bienes, la contracción del crédito externo, el recrudecimiento del bloqueo económico-financiero norteamericano, los primeros síntomas de una fuerte crisis económica.

Durante estos años se limita y deja de promoverse considerablemente el trabajo por cuenta propia; de 46 500 cuentapropistas que existían en 1981 se descendió a 25 200 en 1989.[8]

4. 1990-2009

La década del noventa de la centuria pasada significó un nuevo punto de arranque en la historia del proceso revolucionario cubano. La economía cubana sufrió fuertes impactos que provocaron una caída significativa de la producción y las variables macroeconómicas, la aparición de agudos desequilibrios financieros y un deterioro de las condiciones de vida de la población; asistimos a una época de "crisis y reforma". Esto implicó la adopción de una serie de

[8] *Vid.* Pérez Villanueva, Omar Everleny y Pons Pérez, Saira: "Política tributaria y cuentapropismo", en Pérez Villanueva, Omar E. y Torres Pérez, Ricardo (Compiladores), *Cuba: la ruta necesaria del cambio económico*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2013, p. 102.

medidas que permitieran dar respuesta al adverso escenario sin renunciar a los principios sustentadores del proyecto emancipatorio cubano, entre otras: la creación de las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, la apertura al capital extranjero, la liberalización de la circulación de un grupo de monedas convertibles.

La reforma a la Constitución en el año 1992 fue reflejo del ánimo de adaptar a las nuevas circunstancias el marco institucional, determinados principios y modelos de funcionamiento del país –es oportuno señalar que algunos de los cambios eran expresión de las recomendaciones del IV Congreso del PCC–, que sirvieran de acicate a las decisiones que se debían adoptar para lograr la salida de la crisis y por la defensa de las conquistas alcanzadas. De cara a las formas de propiedad se reconoce la propiedad estatal socialista de todo el pueblo, ahora sobre los medios "fundamentales" de producción; la de los agricultores pequeños; la personal; la cooperativa; la de las organizaciones políticas, de masas y sociales; y la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas.

En este nuevo contexto, nuevos aires se le imprimen al trabajo por cuenta propia, reconociéndosele un papel alternativo como fuente de empleo y para la producción de bienes y prestación de servicios. Prolífera y de constantes ajustes y derogaciones fue la producción normativa para el sector en esta etapa. Un intento de inventario de las normas jurídicas aprobadas durante estos años es el siguiente:

- Decreto-Ley No. 141, de 8 de septiembre de 1993, *Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia.* Ratifica el ejercicio del trabajo por cuenta propia en el que pueden participar aquellas personas con aptitudes y posibilidades para ello y amplía el número de actividades autorizadas. Los que trabajen por cuenta propia deben inscribirse en el Registro de Contribuyentes, previo el pago de los derechos correspondientes a dicha inscripción. Se establece un impuesto que consistirá, inicialmente, en una cuota fija mensual que estarán obligadas a pagar las personas que se inscriban a tales efectos en el Registro de Contribuyentes. Se encarga al CEF la determinación de las cuotas mensuales correspondientes al referido impuesto y su forma de pago, así como las demás regulaciones pertinentes, en tanto se aplique el sistema de cuotas fijas. Este Comité podrá disponer, si se considera necesario, la aplicación de una escala impositiva variable en función de los ingresos, que constituya la cuota fija mensual, al total o a parte de las actividades que se desarrollen por cuenta propia.
- Resolución Conjunta No. 1 (CEF-CETSS), de 8 de septiembre de 1993. Estableció 117 actividades y dispuso que esa lista de oficios en la cual se autoriza el trabajo por cuenta propia podrá ser reducida o incrementada según lo dicte la experiencia y las conveniencias del país. Los requisitos para ejercer la actividad como trabajador por cuenta propia eran los siguientes: a) que el ciudadano esté debidamente inscripto como trabajador por cuenta propia, previa autorización de la Dirección de Trabajo municipal, en consulta o a

propuesta del Consejo Popular de residencia; b) que el autorizado realice la actividad sin emplear personal asalariado; c) que el trabajador vinculado a un centro de trabajo demuestre que es cumplidor de la disciplina laboral.

- Decreto No. 186, *Sobre las Contravenciones personales de las Regulaciones del Trabajo por Cuenta Propia*, de 19 de febrero de 1994.
- Resolución Conjunta No. 3 (MFP-MTSS), de 8 de junio de 1995. Incluye nuevas actividades y oficios y modifica las cuotas fijas mensuales de determinadas actividades.
- Resolución Conjunta No.1 (MTSS-MFP), de 18 de abril de 1996, *Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia*. Se establecen las actividades que pueden ejercerse por cuenta propia (157) y que toda persona[9] que realice este tipo de labores viene obligada a abonar a cuenta del Impuesto sobre los Ingresos Personales una cuota mínima mensual. Las cuotas mensuales oscilaban, como importe mínimo, entre 10.00 pesos cubanos u 8.00 pesos convertibles (para actividades como conserje, cuidador de enfermos, cuidador de niños, limpiador de edificios, personal doméstico, recolector-vendedor de materias primas) hasta, como importe máximo, una suma de 400.00 pesos cubanos o 317.00 pesos convertibles (para el caso del elaborador-vendedor de alimentos y bebidas mediante el servicio gastronómico; con oferta de bebidas alcohólicas se incrementa en 100.00 pesos la cuota).

[9] Pueden ejercer el trabajo por cuenta propia en las actividades aprobadas, los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes permanentes que cumplan los requisitos establecidos en el presente Reglamento y procedan de las fuentes siguientes: a) trabajadores vinculados a centros de trabajo; b) profesionales universitarios en las actividades autorizadas; c) jubilados por cualquier motivo; ch) trabajadores disponibles pendientes de reubicación; d) desvinculados laboralmente; e) amas de casa; f) personas discapacitadas; g) personas que presenten capacidad laboral disminuida.

El profesional universitario no puede ejercer el trabajo por cuenta propia en la profesión o especialidad para la cual ha sido graduado en las instituciones de nivel superior, que se reserva para el servicio público, sino exclusivamente en las actividades aprobadas, afines o no a su titulación; los mismos, requieren de la autorización expresa de las autoridades facultadas, que la otorgará únicamente si ello no interfiere en el cumplimiento de sus tareas.

Están excluidos para ejercer como trabajadores por cuenta propia los dirigentes políticos o administrativos, militares, funcionarios, jueces, fiscales o los que ostenten cualquier cargo público similar por designación o elección, teniendo en cuenta la importancia, repercusión y función social de las actividades que desempeñan y la dedicación al trabajo que las mismas demandan.

Se ratifican las autorizaciones otorgadas para ejercer las actividades por cuenta propia a aquellos profesionales universitarios o técnicos graduados con anterioridad al año 1964 y se determinan sus cuotas mínimas mensuales (estomatólogo, 100.00 pesos cubanos; mecánico dental, 80.00; médico, 100.00), que han continuado ininterrumpidamente laborando y que actualmente se encuentran inscriptos en el Registro de Contribuyentes, estén vinculados laboralmente o no.

A los efectos de la determinación y pago del Impuesto sobre Ingresos Personales a que están obligados los trabajadores por cuenta propia, se tiene en cuenta lo siguiente: a) la suma de las cuotas mensuales pagadas se consideran definitivas cuando el importe del impuesto determinado sobre sus ingresos, según la escala progresiva anual, resulte inferior a la suma pagada por las cuotas mensuales; b) se autoriza como deducciones de la base imponible exclusivamente el porciento que se establezca, por el MFP, a cada actividad como consecuencia de los gastos necesarios para el desarrollo de la misma. Se les aplica la Resolución 24/1995, que se comenta posteriormente, para la determinación y pago del Impuesto sobre los Ingresos Personales a los trabajadores por cuenta que operen en pesos convertibles o moneda extranjera y para los que operen en pesos cubanos se aplicará lo que a ellos competa.

- Decreto-Ley No. 174, *De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia*, de 9 de junio de 1997.
- Resolución Conjunta No. 1 (MTSS-MFP), de 10 de abril de 1998. Modifica la Resolución No. 1/1996 (MTSS-MFP). Se establecen las actividades que pueden ejercerse por cuenta propia y las cuotas mínimas mensuales en pesos cubanos y pesos convertibles, que a cuenta del impuesto sobre los ingresos personales les corresponden (se mantienen los importes mínimos y máximos establecidos en la Resolución No. 1/1996 MTSS-MFP).
- Resolución No. 8 (MTSS), de fecha 31 de marzo del 2003, *Reglamento sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia.*
- Resolución Conjunta No. 1 (MTSS-MFP), de 8 de agosto de 2003. Propicia que cada Ministerio por separado en lo que le compete a tenor del Decreto-Ley No. 141 dicte en lo adelante las modificaciones que resulten necesarias en el desarrollo del trabajo por cuenta propia.
- Resolución No. 11 (MTSS), de 25 de marzo de 2004, *Reglamento sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia.* Establece que el trabajo por cuenta propia actúa como complemento de algunas actividades estatales en la producción de bienes y la prestación de servicios útiles a la población; reconoce que es una alternativa de empleo en aquellos lugares con limitaciones para el acceso a la ocupación. Se autorizó un total de 118 actividades. Se estableció con un carácter municipal y que la vigencia de la licencia otorgada es de 2 años. Además, dispuso que el profesional universitario no puede ejercer el trabajo por cuenta propia en la profesión o especialidad en la que se graduó en las instituciones de nivel superior. Se excluyen los dirigentes políticos o administrativos, militares, funcionarios, jueces, fiscales o los que ostenten cualquier cargo público similar, por designación o elección, los trabajadores sociales y técnicos en especialidades de Salud y Educación.
- Resolución No. 9 (MTSS), de 11 de marzo de 2005, *Reglamento sobre el ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia.* Regula las actividades que pueden realizarse, así como el procedimiento para dicho ejercicio y su ordenamiento, super-

visión y control. Declara como principios generales que rigen la actividad los siguientes: actúa como complemento de la actividad estatal, se ejerce de forma individual, la autorización para su ejercicio es renovable, abarca las actividades de producción y comercialización de los bienes y servicios en el domicilio del titular, solo se puede ofertar las producciones y servicios a personas naturales y tiene un carácter municipal.

Desde un punto de vista impositivo, capital importancia presenta la promulgación de la Ley No. 73, de 4 de agosto de 1994, *Del Sistema Tributario*, que establece los tributos y los principios generales sobre los cuales se sustenta el sistema tributario en Cuba. Con la misma se recobra con carácter general la imposición sobre la renta de las personas físicas; incluye en su letra la liquidación de un Impuesto sobre los Ingresos Personales provenientes, entre otros, de los rendimientos de actividades mercantiles, entre ellas las actividades del trabajo por cuenta propia.

A esta Ley se le atribuyó un carácter enunciativo, ya que no regulaba en toda su intensidad los elementos esenciales de cada uno de los tributos que establecía, mandatando al Ministro de Finanzas y Precios para la respectiva concreción y articulación de cada una de las figuras tributarias. En función de lo anterior, se emiten la Resolución No. 24 (MFP), de 24 de noviembre de 1995 (para los ingresos obtenidos en moneda extranjera o pesos convertibles, CUC) y la Resolución No. 21 (MFP), de 27 de marzo de 1996 (para los ingresos obtenidos en pesos cubanos, CUP), que instrumentaban el antes mencionado Impuesto y aplicándose ambas a los trabajadores por cuenta propia, según el caso.

Según la Resolución No. 24/1995, la base imponible se constituía por todos los ingresos provenientes del desarrollo de la actividad; pudiendo los trabajadores por cuenta propia para su determinación deducir los gastos necesarios para el ejercicio de la actividad relacionados directamente con el origen de los ingresos, debidamente justificados y hasta un límite del diez por ciento (10%) del total de los ingresos brutos percibidos en moneda extranjera o pesos cubanos convertibles. El tipo impositivo aplicable a la base imponible se configuraba como una alícuota progresiva por escalones (10 tramos) donde el valor mínimo era de un 10 % (hasta 2400.00 CUC) y el máximo de un 50 % (el exceso de 6000.00 CUC).

Por su parte, la Resolución No. 21/1996 determinó que la base imponible de este impuesto se constituiría por los ingresos en pesos cubanos; para la determinación de la misma se podrán deducir, al igual que la anterior, de los ingresos obtenidos los gastos necesarios para el ejercicio de la actividad, en una magnitud del diez por ciento (10%) de estos. Reglamentó, además, el pago de cuotas mensuales, a minorarse del impuesto calculado tras aplicarle a la base imponible el tipo impositivo. El tipo de gravamen se configura como una alícuota progresiva por escalones (9 tramos) donde el valor mínimo era de un 5 % (hasta 3000.00 CUP) y el máximo de un 50 % (el exceso de 6000.00 CUP).

En el año 2003, específicamente el 5 de agosto, se aprobó la Resolución No. 253 (MFP), que estableció el procedimiento para el pago del Impuesto sobre los Ingresos Personales de las personas naturales que obtuviesen ingresos en moneda libremente convertible o en moneda nacional, por el ejercicio del trabajo por cuenta propia. Esta normativa mantuvo las previsiones de las resoluciones 24/1995 y 21/1996 sobre la forma de determinarse la base imponible, los tipos impositivos y la liquidación y pago del impuesto en función del tipo de moneda con que operasen los trabajadores por cuenta propia. Con respecto a este último extremo, previó que los contribuyentes que operasen solo en moneda nacional pagarán el Impuesto sobre los Ingresos Personales en esta moneda, y aquellos que operen total o parcialmente en moneda libremente convertible pagarán el mencionado Impuesto sobre los Ingresos Personales en moneda libremente convertible –para lo cual debían convertir a dicha moneda el total de los ingresos obtenidos en moneda nacional, de acuerdo al tipo de cambio vigente en la entidad Casa de Cambio S.A. el 31 de diciembre de ese año–.

Asimismo, incluyó un Anexo contentivo de las cuotas mínimas mensuales que debían pagar estos contribuyentes, a cuenta de la liquidación final del impuesto. Los importes mínimos y máximos de las cuotas mensuales se mantuvieron en los mismos valores que los establecidos en las resoluciones conjuntas (MTSS-MFP) 1/1996 y 1/1998.

Amén de los efectos positivos del sector en la oferta de bienes y servicios (principalmente en las actividades de elaboración de alimentos y transporte de pasajeros), así como para la captación de ingresos públicos vía tributo, no existió siempre una cabal aceptación y comprensión, estigmatizándose en ocasiones a los incorporados a dicha forma de actividad.

5. 2010-actualidad

El año 2010 constituye un punto de giro para todo lo relativo al trabajo por cuenta propia; cobran vida un grupo de medidas a favor de la promoción del ejercicio de actividades de forma autónoma;[10] de igual manera se ensayan

[10] *Cfr.* Decreto-Ley no. 274, Modificativo del Decreto-Ley No. 174/97 [*De las contravenciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia*], de 30 de septiembre de 2010; Decreto-Ley No. 278, *Del Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores por cuenta propia*, de 30 de septiembre de 2010; Resolución No. 32 (MTSS), *Reglamento del ejercicio del Trabajo por Cuenta Propia*, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 34 (MTSS), *sobre el procedimiento para la afiliación al régimen especial de seguridad social para los trabajadores por cuenta propia*, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 305 (Instituto Nacional de la Vivienda, INV), *Reglamento sobre el arrendamiento de viviendas, habitaciones y espacios*, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 399 (Ministerio del Transporte, MITRANS), *Reglamento de la Licencia de Operación de Transporte para personas naturales*, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 286 (MFP), *Normas relativas al pago de los*

fórmulas de modelos de gestión de determinados servicios utilizando al cuentapropista.[11] Sin lugar a dudas, ante la nueva política existió una reacción positiva de incorporación al sector. Si bien en el 2009 el número de personas autorizadas a ejercer este tipo de actividad no sobrepasaba los 150 mil, ya en el mismo año 2010 la cifra ascendió a más de 220 mil.

Tributariamente hablando, el marco normativo que se estableció en el *supra* mencionado año tenía como notas generales las siguientes:

1. Vocación hacia la progresividad; el trabajador por cuenta propia además de pagar el Impuesto sobre los Ingresos Personales está obligado a liquidar los impuestos sobre las Ventas o sobre los Servicios (según el caso), por la Utilización de la Fuerza de Trabajo y la Contribución a la Seguridad Social, además de otros tributos a los que pueden quedar obligados en el ejercicio de la actividad (por ejemplo, la Tasa por la Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial).
2. Pago de los tributos en CUP; los que operen total o parcialmente en CUC para la liquidación y pago deben convertir a pesos cubanos el total de los ingresos obtenidos y los gastos incurridos, de acuerdo al tipo de cambio vigente para las operaciones de compra de CUC a la población.
3. En función del volumen de ingresos (50 000 CUP o más) y el tipo de actividad (las que se dispongan por el MFP), obligación de llevar una contabilidad simplificada.
4. A partir de la complejidad de las actividades, establecimiento de un régimen general de tributación y uno simplificado, este último consistente en el pago unificado de los impuestos sobre las Ventas, sobre los Servicios Públicos y sobre los Ingresos Personales.
5. Para el caso del Impuesto sobre los Ingresos Personales, reconocimiento de un mínimo exento (hasta 5000 pesos cubanos).

Impuestos sobre los Ingresos Personales, sobre las Ventas, sobre los Servicios Públicos, y por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, y las referentes al pago de la Contribución a la Seguridad Social por los Trabajadores por Cuenta Propia, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 287 (MFP), *del Impuesto sobre los Servicios Públicos en lo concerniente al Arrendamiento de Viviendas, Habitaciones o Espacios*, de 7 de octubre de 2010; Resolución No. 289 (MFP), *sobre el pago en pesos cubanos del Impuesto sobre Documentos, para trámites de inscripción y reinscripción en el Registro de Contribuyentes, de los trabajadores por cuenta propia, con independencia de la moneda en que operen*, de 7 de octubre de 2010.

[11] En el presente trabajo no se analizan las particularidades del régimen tributario de estos modelos de gestión económica.

Desde entonces hasta el presente, el panorama se ha caracterizado por la promulgación de normas jurídicas que introducen ajustes y correcciones a lo que se estableció –fundamentalmente en lo relativo al régimen general de la actividad y las cuestiones tributarias–[12] y nuevas prescripciones en aras de lograr un cuadro coherente del grupo y de cara a sus relaciones con terceros.[13] En tal sentido, los contornos para los más de 420 mil trabajadores por cuenta

[12] Entre ellas: Resolución No. 33 (MTSS), *Reglamento del ejercicio de trabajo por cuenta propia*, de 6 de septiembre de 2011 (deroga a la Resolución No. 32/2010); Resolución No. 298 (MFP), *Normas relativas al pago de los impuestos sobre los Ingresos Personales, sobre las Ventas, sobre los Servicios Públicos, y por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, y las referentes al pago de la Contribución a la Seguridad Social por los trabajadores por cuenta propia*, de 6 de septiembre de 2011 (deroga a la Resolución No. 286/2010); Ley No. 113, *Del Sistema Tributario*, de 23 de julio de 2012; Resolución No. 21 (MFP), *sobre reglas generales para la tributación por parte de los trabajadores por cuenta propia y particularidades en cuanto al pago de los tributos por parte de los trabajadores por cuenta propia incorporados a los nuevos modelos de gestión económica*, de 22 de enero de 2013 (deroga a la Resolución No. 298/2011); Resolución No. 41 (MTSS), *Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia*, de 22 de agosto de 2013 (deroga a la Resolución No. 33/2011); Resolución No. 42 (MTSS), *sobre denominación y alcance de las actividades que se pueden ejercer como trabajo por cuenta propia*, de 22 de agosto de 2013; Resolución No. 353 (MFP), *sobre la tributación por parte de los trabajadores por cuenta propia y particularidades en cuanto al pago de los tributos por parte de los trabajadores por cuenta propia incorporados a los nuevos modelos de gestión económica*, de 2 de septiembre de 2013 (deroga a la Resolución No. 21/2013); Resolución No. 20 (MFP), *sobre adecuaciones al régimen tributario de los trabajadores por cuenta propia y particularidades en cuanto al pago de los tributos por parte de los trabajadores por cuenta propia incorporados a los nuevos modelos de gestión económica*, de 12 de enero de 2016 (deroga a la Resolución No. 353/2013).

[13] Entre ellas: Decreto-Ley 289, *De los créditos a las personas naturales y otros servicios bancarios*, de 16 de noviembre de 2011; Resolución No. 99 (Banco Central de Cuba, BCC), *Normas para el otorgamiento de crédito en pesos cubanos a las personas naturales definidas en el Decreto-Ley No. 289/11*, de 18 de noviembre de 2011; Resolución No. 100 (BCC), *Apertura de cuentas corrientes a las personas naturales definidas en el Decreto-Ley No. 289/2011*, de 18 de noviembre de 2011; Resolución No. 101 (BCC), *Normas bancarias para los cobros y pagos*, de 18 de noviembre de 2011; Instrucción No. 7 (Ministerio de Economía y Planificación, MEP), *Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de los productos y servicios a los trabajadores por cuenta propia*, de 18 de noviembre de 2011; Instrucción No. 1 (BCC), *sobre garantías de los créditos bancarios otorgados a personas naturales*, de 7 de febrero de 2013; Decreto-Ley No. 315, *Sobre las infracciones personales de las regulaciones del trabajo por cuenta propia*, de 4 de octubre de 2013.

propia existentes en la actualidad se pueden graficar, en trazos abarcadores, de la siguiente manera:

- Son beneficiarios[14] y contribuyentes[15] de un régimen especial de seguridad social, de afiliación obligatoria.
- Se amplían a más de 170 las actividades autorizadas.
- Se les permite ejercer más de una actividad.
- Cuentan con la posibilidad de contratar fuerza de trabajo.
- Pueden comercializar sus productos y servicios a entidades estatales.
- Para el ejercicio de la actividad, pueden arrendar espacios de titularidad estatal o personal.
- Cuentan con la opción de acceder a créditos bancarios para financiar la compra de bienes, insumos y equipos, y para cualquier otro fin que contribuya al adecuado funcionamiento de la actividad.

Amén de los cambios acaecidos que introducen una mayor flexibilidad, determinados autores[16] señalan algunas limitaciones que atentan contra el desenvolvimiento del sector, entre ellas:

- La lista de actividades autorizadas es reducida y limitada, lo que frena la iniciativa individual. Las actividades reconocidas no permiten aprovechar la inversión en educación que ha hecho el país durante los años de Revolución.
- Aunque se permite el acceso al crédito bancario, el sistema financiero tiene problemas de liquidez y las dos monedas nacionales tienen limitaciones de convertibilidad en divisas.[17]
- Inexistencia de un mercado mayorista de insumos suficiente.
- Existen pocos recursos públicos para apoyar con asesoría, capacitación e información a los nuevos microempresarios.
- El estancamiento económico que vive el país es otro de los obstáculos a la creación de nuevas microempresas porque la oferta de bienes y servicios de los cuentapropistas necesita de una demanda.

---

[14] El sistema ofrece protección ante la vejez, la invalidez total temporal o permanente y, en caso de muerte, a su familia, así como a la trabajadora en ocasión de la maternidad.

[15] Abonan, mensualmente, un 25% de la base seleccionada: 350, 500, 700, 900, 1100, 1300, 1500, 1700, 2000 pesos cubanos.

[16] *Cfr.* Pérez Villanueva, Omar Everleny y Pons Pérez, Saira: ob.cit., pp. 109-111.

[17] Para profundizar en el tema de la política crediticia para los trabajadores por cuenta propia pueden consultarse León Mundul, Jessica y Pajón Espina, David J.: "Emprendimientos y política crediticia en el modelo económico cubano", en Pérez Villanueva, Omar E. y Torres Pérez, Ricardo (Compiladores), *Cuba: la ruta necesaria…*, *cit.*, pp. 80-99; y, León Mundul, Jessica y Pajón Espina, David J.: "Política crediticia en Cuba: evolución reciente y efectos sobre el sector no estatal", en Pérez Villanueva, Omar Everleny y Torres Pérez, Ricardo (Compiladores), *Miradas a la economía cubana. Análisis del sector no estatal*, Editorial Caminos, La Habana, 2015, pp. 103-112.

Con la reforma tributaria acontecida en el 2012 varios de los pronunciamientos tributarios que se habían establecido y reformado de forma reglamentaria[18] o a través de las leyes anuales presupuestarias[19] aprobadas entre el 2010 y el 2012, encontraron reconocimiento en la Ley No. 113, *Del Sistema tributario*, de 23 de julio, junto a otras previsiones que la misma estableció que beneficiarían a estos sujetos económicos.

El sistema de tributación que esta norma recoge, en función del tipo de actividad y teniendo como referencia al Impuesto sobre los Ingresos Personales, se compone de dos regímenes: a) general, en el que junto al pago del Impuesto sobre los Ingresos Personales, los cuentapropistas quedan obligados a liquidar los impuestos sobre las Ventas o sobre los Servicios (según el caso), por la Utilización de la Fuerza de Trabajo (de contratar personal) y la Contribución Especial a la Seguridad Social; asimismo, otros tributos vinculados a la actividad como el Impuesto sobre Documentos y la Tasa por Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial; b) simplificado, que se traduce en el aporte mensual de cuotas consolidadas (en la actualidad, oscilan entre 20.00 y 180.00 pesos cubanos[20]) que comportan el pago unificado de los impuestos sobre las Ventas o sobre los Servicios y sobre los Ingresos Personales.[21]

En lo que corresponde al régimen general, se visualiza para el caso del Impuesto sobre los Ingresos Personales un marco más flexible con respecto a todo el régimen preexistente, véase que a los efectos de la liquidación de este tributo, los trabajadores por cuenta propia pueden deducir, del total de los ingresos obtenidos durante el año fiscal:

- un mínimo exento (10 000.00 pesos cubanos),
- una tasa estándar de gastos, que actualmente oscilan entre 20 % y 60% en función del tipo de actividad,[22]
- los pagos por concepto de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles que utilicen para el desarrollo de sus funciones y que pertenecen a entidades estatales,

[18] Sirvan de ejemplo los numerales 1, 2 y 4 consignados al momento de exponer las notas generales del régimen tributario establecido en el 2010.

[19] Véase cómo en el Artículo 35 de la Ley No. 112, *Del Presupuesto del Estado para el año 2012*, de 23 de diciembre de 2011, se reguló: Establecer un mínimo exento de diez mil pesos cubanos (10 000.00 CUP), que podrán descontarse del total de ingresos obtenidos durante el año 2012, los trabajadores por cuenta propia que declaran y liquidan el Impuesto sobre Ingresos Personales, correspondiente a ese año.

[20] *Cfr.* Anexo 1 de la Resolución No. 20/2016 (MFP).

[21] Si el trabajador por cuenta propia contrata a más de una persona para el ejercicio de la actividad o desarrolla más de una de las actividades autorizadas, tributa conforme al Régimen General de Tributación. *Cfr.* Artículo 62 de la Ley No. 113/2012.

[22] *Cfr.* Anexo 1 de la Resolución No. 20/2016 (MFP).

- los tributos pagados asociados al desenvolvimiento de la producción de bienes y prestación de servicios,
- en dependencia del lugar en que ejerzan la actividad, la contribución para la restauración y preservación de zonas.

Por su parte, la alícuota que se establece, y teniendo en cuenta el actual mínimo exento, introduce una disminución del tipo impositivo en los tres primeros tramos, que favorece a los cuentapropistas de menores ingresos, con respecto a la establecida en el 2011 (ver tablas 1 y 2).

Tabla 1. 2011

Ingresos netos anuales	%
Hasta 5 000.00	Exento
El exceso de 5 000.00 hasta 10 000.00	25
El exceso de 10 000.00 hasta 20 000.00	30
El exceso de 20 000.00 hasta 30 000.00	35
El exceso de 30 000.00 hasta 50 000.00	40
El exceso de 50 000.00	50

Tabla 2. 2012 (vigente)

Ingresos imponibles anuales	Tipo impositivo
Hasta 10 000.00	15 %
El exceso de 10 000.00 hasta 20 000.00	20 %
El exceso de 20 000.00 hasta 30 000.00	30 %
El exceso de 30 000.00 hasta 50 000.00	40 %
El exceso de 50 000.00	50 %

Para el caso de los impuestos sobre las Ventas y sobre los Servicios (a los que están obligados los cuentapropistas a partir de 2010), se establece un tipo impositivo de un 10 % aplicable al importe total de las ventas o de los ingresos generados por los servicios prestados, respectivamente. A los efectos de la liquidación y pago de dichos tributos, cuando las ventas o los servicios se efectúen en CUC deben convertirse los ingresos obtenidos a CUP aplicando la tasa de cambio para las operaciones de compra de CUC a la población.

En relación con el Impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, se liquida aplicando el porciento correspondiente[23] al total de las remuneraciones pagadas, entendiéndose como remuneración mínima pagada mensualmente a cada trabajador el salario medio mensual[24] de la provincia incrementado en un 50 % (de 6 a 10 trabajadores), el monto equivalente a dos salarios medios

[23] Téngase en cuenta que según lo previsto en el Artículo 231 de la Ley No. 113/2012 el tipo impositivo disminuirá de forma progresiva a partir de su entrada en vigor. Para el año 2015 es de un 12 % y para el 2016 será de un 10 % hasta llegar a un 5 % en el año 2017 y en lo sucesivo.

[24] Es el vigente en cada provincia en el ejercicio fiscal anterior, reconocido por la Oficina Nacional de Estadística e Información.

mensuales de la provincia (de 11 y hasta 15) o el monto equivalente a tres salarios medios mensuales de la provincia (más de 16 trabajadores contratados).

Es de destacar que con el propósito de incentivar al sector cuentapropista, desde el articulado de la Ley se conceden ciertos beneficios fiscales, como:

- la exención del pago de las obligaciones tributarias por concepto de impuesto sobre las Ventas, Especial a Productos y Servicios, sobre los Servicios, por la Utilización de la Fuerza de Trabajo y sobre los Ingresos Personales, correspondiente a los primeros 3 meses de operaciones a las personas que inicien actividades por cuenta propia.[25]
- la exención del pago del Impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo por la contratación de hasta 5 trabajadores.[26]

Asimismo, estos trabajadores pueden beneficiarse de otros incentivos reconocidos como es la bonificación de un 5 % de la cuantía que resulte a pagar según la Declaración Jurada, de declarar y pagar antes del 28 febrero,[27] véase que el plazo voluntario de pago inicia en enero y concluye el 30 de abril del año siguiente al que se liquida. También es preciso referir que reglamentariamente[28] se establecen determinados beneficios fiscales en función de coyunturas y situaciones específicas, dígase:

- la exención del pago de la cuota anticipada a cuenta del Impuesto sobre Ingresos Personales, y cuota consolidada mensual según corresponda, por un período comprendido entre un (1) mes y hasta tres (3) meses, a los trabajadores por cuenta propia que se encuentren impedidos totalmente del ejercicio de sus actividades, en virtud de situaciones climatológicas, epidemiológicas u otras similares, siempre que estas sean debidamente declaradas por las autoridades facultadas para ello.
- la disminución hasta en un cincuenta por ciento (50 %) de las cuotas antes mencionadas, cuando hayan sido prohibidas o afectadas parcialmente el ejercicio de determinadas actividades, por las causales y período de tiempo que antes se consignaron.
- la exención del pago de los impuestos sobre las Ventas, Especial a Productos y Servicios, sobre los Servicios y sobre los Ingresos Personales, correspondiente al primer año de operaciones, a los recién graduados que no resulten ubicados en el Plan de distribución de graduados y decidan incorporarse al ejercicio de alguna de las actividades del trabajo por cuenta propia.

Ahora bien, amén de los avances todavía existen algunas cuestiones en las que debe trabajarse para obtener un régimen tributario más acorde con la

[25] Disposición Especial Tercera de la Ley No. 113/2012.
[26] Artículo 235 de la Ley No. 113/2012.
[27] Artículo 39 de la Ley No. 113/2012.
[28] *Cfr.* Resuelvo Tercero y Decimosexto de la Resolución No. 20/2016 (MFP).

realidad económica. Pueden referirse, recreando a Pérez Villanueva y Pons Pérez,[29] las siguientes:

- Determinación del estatus jurídico del trabajador por cuenta propia, a partir de la diferenciación interna del sector y del comportamiento o funcionamiento de algunos como empresarios mercantiles individuales o PYMES. Ante comportamientos económicos desiguales, el tratamiento fiscal debe ser diferente.
- De existir el reconocimiento de PYMES, la posibilidad de adopción de sistemas contables convencionales que internalicen el gasto de I+D+i, la reinversión de utilidades y la depreciación.
- Para el caso del Impuesto sobre los Ingresos Personales, a partir de los niveles actuales de precios e ingresos del sector, 50 000.00 pesos cubanos anuales resulta un monto reducido para establecerlo como límite máximo a partir del cual se aplica la tasa máxima de 50 %. Lo anterior hace al pago del impuesto vulnerable a la subdeclaración.
- La aplicación de los impuestos sobre las Ventas o sobre los Servicios generan un aumento de la presión fiscal, que trasladan los trabajadores por cuenta propia al precio final a los consumidores.
- Limitar hasta 5 trabajadores contratados la concesión de la exención de pago para el caso del Impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, puede resultar un desestímulo a la contratación formal de mano de obra y la regularización de un mercado de trabajo.

Breves consideraciones finales

Procurar el régimen fiscal más adecuado para este grupo de trabajadores del sector no estatal de la economía ha sido una de las cuestiones en que más se ha trabajado desde 2010 hasta el presente, lo cual puede verificarse por las modificaciones y adecuaciones realizadas al mismo.

El establecimiento de un régimen fiscal marcado por la simplicidad para los trabajadores a título independiente ha sido un objetivo de la política tributaria, ya sea previendo el pago de cuotas fijas unificadas o estandarizando ciertos elementos de cara a la liquidación y pago de los respectivos tributos. De igual manera, el fomento de la cultura tributaria entre estos contribuyentes y la formalización y regularización de actividades han sido otros de los objetivos que se procuran. No obstante, parece difícil conciliar en el corto plazo una recaudación eficiente con niveles adecuados de costes de control y administración y la promoción del sector con un balance positivo del cumplimiento de sus obligaciones tributarias. Los desafíos continúan.

[29] Pérez Villanueva, Omar Everleny y Pons Pérez, Saira: ob. cit., pp. 114-119.

La propiedad en el constitucionalismo cubano: de 1901 a 1940

Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez*

El constitucionalismo de la primera mitad del siglo XX incluyó como uno de sus eslabones fundamentales a la propiedad. Esta institución, esencial para el adecuado funcionamiento de la sociedad burguesa, fue objeto a lo largo del siglo XX, de intensos ataques desde lo económico y lo político. El reflejo de los mismos influyó en su evolución doctrinal en el mundo a lo largo de la centuria.

En la mayor de las Antillas los efectos de esta confrontación se hicieron sentir ampliamente, sobre todo en las décadas de los veinte y los treinta, para culminar en los encendidos debates de la Asamblea Constituyente de 1940.

No obstante, pese al debate en la opinión pública y la academia, el constitucionalismo cubano continuó refrendando la propiedad como uno de los pilares del orden social y político. En este punto, sin dudas, la Constitución de 1940 supuso un significativo avance en la recepción de las modernas doctrinas constitucionales y se convirtió en un paradigma del nuevo constitucionalismo social para América Latina, al tratar de recoger en su articulado las doctrinas más modernas sobre este tema, y resaltar la necesidad de intervención del Estado en la esfera económica.

Cuba pasó entonces de una concepción liberal decimonónica de la propiedad, a un modelo muy avanzado para su época de la propiedad como función social.

Lamentablemente, el *iter* de este proceso no está suficientemente estudiado entre nosotros.[1] Es por ello que resulta necesaria su reconstrucción desde el

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

[1] Hay pocas referencias a este tema en las obras dedicadas al derecho constitucional en nuestro país. Como ejemplo puede consultarse: Pérez de la Riva, F.: *Origen y régimen de la propiedad territorial en Cuba*, Impr. del Siglo XX, La Habana, 1946; Infiesta, Ramón: *Historia constitucional de Cuba*, Cultural S.A., La Habana, 1951; Infiesta, Ramón: *Derecho constitucional*, 2da. ed., [s.e], La Habana, 1954; Hernández Corujo, Enrique: *Historia Constitucional de Cuba*, Compañía Editorial de Libros y Folletos, La Habana, 1960; Álvarez Tabío, Fernando: *Teoría e historia de la Constitución cubana. La Convención Constituyente de 1901*, EPUH, Unidad Ligera, Escuela de Ciencias Políticas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1964; Carreras, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1981; Fuente, Jorge de

plano normativo y doctrinal, lo que permitiría una cabal comprensión del proceso constituyente de 1940 y de su impacto en las transformaciones revolucionarias posteriores a 1959.

En vista de lo anterior, hemos decidido iniciar este modesto esfuerzo por incentivar el rescate de este tema por nuestra historiografía jurídica, ofreciendo un breve esbozo de la evolución de la regulación constitucional de la propiedad durante la primera mitad del siglo XX en Cuba. Esperamos con ello, contribuir a abrir un camino para otros investigadores interesados en la materia y rescatar una parte de la memoria histórica de nuestro derecho.

En principio, el constitucionalismo cubano de la primera mitad del siglo XX estuvo marcado por la inestabilidad política y social del país. En los 58 años transcurridos entre 1901 y 1959 la isla vive un agitado panorama marcado por las graves crisis económicas, como las de 1921 y 1929; las luchas políticas, como las de 1906, 1909, 1917, 1928 a 1933 y 1952 a 1959; así como por las dictaduras y los golpes castrenses.[2]

No resulta extraño que estas desventuras nacionales hayan pasado amplia factura a nuestro derecho constitucional. En el mismo período histórico, las constituciones cubanas de 1901 y 1940, las más relevantes del período, tuvieron una vigencia nominal de 26 y 12 años respectivamente. No obstante, entre 1933 y 1940 se vive en una etapa de anomia constitucional, sobre la base de leyes constitucionales creadas de facto por el gobierno y modificadas casi cada mes.[3] Entre 1952 y 1959, la vigente Constitución de 1940 no tiene en la práctica vigencia alguna.[4]

---

la: *Análisis Constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989; Vega Vega, Juan: *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988; y Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

[2] Martínez Ortiz, Rafael: *Cuba. Los primeros años de independencia*, 3ra. ed., t. 2, Editorial Le Livre Libre, París, 1929; Roig de Leuchsering, Emilio: *Curso de Introducción a La Historia de Cuba*, Municipio de La Habana, La Habana, 1937; Guerra, Ramiro, Pérez Cabrera, José M., Remos, Juan J. y Santovenia, Emeterio (Directores): *Historia de la Nación Cubana*, t. VIII, Editorial Historia de la Nación cubana, La Habana, 1952; Le Riverend, Julio: *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973; Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba: La Neocolonia. Organización y crisis 1899 a 1940*, Editora Política, La Habana, 1996.

[3] Entre febrero de 1933 y finales de 1934 la Ley Constitucional fue modificada casi diez veces. Véase: Hernández Corujo, Enrique: "Las transformaciones del Derecho constitucional cubano desde el 12 de agosto de 1933", *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, N. 4 (48), octubre-diciembre de 1935, Imprenta de F. Verdugo, La Habana, pp. 276 y sigs.

[4] El golpe de Estado del 10 de marzo de 1952 llevó a la sustitución de la Carta Magna de 1940, por nuevos Estatutos Provisionales, que estuvieron vigentes hasta 1955. En la segunda mitad de los cincuenta fue restablecida formalmente su vigencia, pero tuvo poco valor, ya que, en la práctica, Cuba seguía en condiciones de régimen de facto.

La primera Constitución cubana del siglo XX, la elaborada por la Convención Constituyente de 1901, y que rigió los destinos nacionales desde el 20 de mayo de 1902, fue un acabado producto del pensamiento liberal del siglo XIX. Como señaló al respecto Enrique Hernández Corujo: "En el orden formal el constitucionalismo seguía, más o menos, los principios invariables del Estado liberal, individualista y de limitación al poder".[5] En esencia, como acotó Orestes Ferrara: "El principio liberal del siglo XIX, *latu sensu* adaptado por la Constitución cubana de 1901, es distinto de cualquier otro practicado en el pasado. La palabra libertad (…) se refiere a la suma de derechos individuales, considerándolos al margen del Estado, y hasta contra el Estado".[6]

En buena medida, puede considerarse que en la primera Constitución cubana se resumen los ideales del pensamiento liberal constitucional cubano del siglo XIX. La razón fundamental de este fenómeno es la ausencia, durante la decimonovena centuria, de un Estado y de una doctrina liberal en Cuba.

El Estado español en Cuba resultó cualquier cosa menos liberal, incluso durante los períodos de vigencia de las constituciones españolas en Cuba. Por otra parte, el liberalismo doctrinal en la Isla había realizado, hasta 1886, juegos malabares para conciliar las doctrinas del siglo XIX con la existencia de la esclavitud como base del sistema económico cubano. Resultaba difícil aplicar una doctrina esencialmente burguesa, y por ende dependiente del trabajo asalariado, en un país donde se negaba la categoría de persona a un porciento significativo de la población, que permanecía privada de todo derecho civil y político.

En buena medida, los principios informantes de la Constitución de 1901 se basaron en nuestra tradición histórica y jurídica. Como señaló el profesor Enrique Hernández Corujo: "Podríamos señalar como principios filosóficos, que fundamentaron, de una manera u otra, la Constitución cubana de 1901, los siguientes: separatismo, con la necesaria creación de un Estado independiente y nacionalidad propia; el constitucionalismo, con su secuela de un Estado de Derecho; el individualismo, supremacía de la individualidad; la limitación al poder público, limitación de poderes y mantenimiento del civilismo; (…)".[7]

La escuela liberal era una profesión de fe de la intelectualidad cubana a comienzos del siglo XX. Todos los diputados se habían formado en la escuela liberal del siglo XIX, y estaban deseosos de aplicar esa visión a la realidad de su país. Fue, en palabras de Bravo Correoso, la extensión a Cuba del legado de las revoluciones francesa y norteamericana.[8]

---

[5] Hernández Corujo, Enrique: *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, Editorial Lex, La Habana, 1953, p. 9.

[6] Ferrara, Orestes: *Las ideas jurídico sociales, en las constituciones cubanas*, Madrid, 1946, p. 19.

[7] Hernández Corujo, Enrique: *Los fundamentos históricos…, cit.*, p. 11.

[8] Bravo Correoso, Antonio: *Cómo se hizo la Constitución de 1901*, Imprenta y Papelería Rambla, Bouza y Cía., La Habana, 1927, p. 29.

En este sentido, artículos como el referente a la igualdad ante la ley, irretroactividad de la ley, prohibición de anular las obligaciones civiles derivadas de contratos, entre otros, resultaron aprobados por unanimidad y sin debate.[9]

En materia de derechos, la Carta Magna, siguiendo las doctrinas liberales, va a reconocer esencialmente los derechos individuales, como fundamento del orden social y límite al poder del Estado. Al respecto expresó Orestes Ferrara: "En Cuba, la primera Constitución aceptó sin vacilar el principio de legalidad estricta y vio consignados en ella todos los preceptos que desde el Derecho Romano se han venido elaborando sobre la no retroactividad de las leyes, sobre la *nulla pena sine lege*, la prohibición de los tribunales extraordinarios, la santidad de los contratos, la hipótesis de inocencia hasta que no sea probada cualquier culpabilidad, la propiedad inexpropiable, ni siquiera por razones de utilidad pública hasta pagar la indemnización debida. En la práctica constitucional podemos afirmar que estos preceptos han sido los que han aportado al cubano un mayor beneficio".[10]

En materia económica, los principios liberales eran igualmente dogma entre los convencionales. Al respecto opinó Juan Clemente Zamora:

> "Por último, de esa misma doctrina se sigue, en lo económico, un corolario igualmente consistente: Si la propiedad y la conquista de la felicidad son derechos correspondientes a aquella categoría que cae dentro de la esfera de autarquía individual, el Estado no puede intervenir en las relaciones económicas entre sus ciudadanos, excepto para garantizar y proteger la libre iniciativa de los mismos. En consecuencia, el Estado ha de respetar el derecho absoluto de propiedad privada individual, ha de abstenerse de toda injerencia que perturbe la libre iniciativa de cada uno en materia económica, y ha de limitarse a reconocer la libertad individual de contratación, prestando su concurso únicamente a los efectos de amparar a cada uno, con la fuerza si fuere preciso, en el goce de esos derechos.[11]

En este sentido la Constitución dedicó al tema de los derechos el Título IV con los artículos del 11 al 42[12] divididos en tres secciones. La primera, del artículo 11 al 37,[13] reconoce los derechos individuales. La segunda, compuesta

---

[9] Ídem, pp. 29-39.

[10] Ferrara, Orestes: "Las ideas político sociales en las constituciones cubanas", conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid el día 29 de enero de 1945, Talleres Tipográficos Marsinoa, Madrid, 1945, p. 18.

[11] Zamora, Juan Clemente: "Nuevas orientaciones en materia constitucional", conferencia dictada en el Club Atenas de La Habana, el 13 de febrero de 1939, Editorial Atalaya S.A., La Habana, 1939, p. 8.

[12] Véase el Título IV de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: *Las Constituciones de Cuba*, Editorial Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

[13] Sección Primera, Título IV de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

por los artículos 38 y 39,[14] regula el derecho al sufragio. Por último, la tercera, que comprende los artículos 40, 41 y 42,[15] estableció el procedimiento extraordinario de suspensión de las garantías constitucionales y sus efectos.

Si analizamos algunos de los derechos incluidos en este catálogo encontraremos varias referencias directas o indirectas a la propiedad. La primera de ellas aparece en el artículo 11 al disponer: "Todos los cubanos son iguales ante la ley. La República no reconoce fueros, ni privilegios personales".[16] Con ello desapareció, desde el punto de vista del Derecho, el régimen de castas de la sociedad colonial y los antiguos títulos de nobleza concedidos por la Corona española quedaban formalmente abolidos. Para la propiedad, esto tenía todavía algún significado, al estar vigentes algunos regímenes sucesorios privilegiados, para los Títulos de Castilla, de acuerdo con lo establecido en la legislación civil española.

Por su parte el artículo 13 dispuso: "Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan, no podrán ser anuladas, ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo".[17] En este tema se trató de ofrecer la mayor seguridad jurídica posible a los contratos y otras obligaciones civiles, elemento clave en una economía burguesa, y con ella a sus concepciones sobre la propiedad. Es por ello que, con estos artículos, no solo se protege la propiedad privada, sino que se limita la capacidad del Estado para intervenir en la economía.

Los artículos 32, 33, 34 y 35 reconocieron la propiedad privada como uno de los derechos individuales fundamentales al disponer: "Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización. Si no procediese este requisito, los jueces y tribunales ampararán y, en su caso reintegrarán al expropiado. No podrá imponerse, en ningún caso, la pena de confiscación de bienes. Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto que no estuvieren legalmente establecidos, y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por las leyes. Todo autor o inventor gozará de la propiedad exclusiva de su obra, o invención por el tiempo y la forma que determine la ley".[18] Puede advertirse que se trata de una regulación claramente inspirada en el *Bill of Rigths*, y la Declaración de Derechos francesa de 1789. La propiedad es esencialmente un derecho individual, sin ninguna visión colectiva o social del problema. De hecho, la entonces ya denominada cuestión social, no encontró acogida en los debates de los constituyentes.[19]

---

[14] Sección Segunda, Título IV de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[15] Sección Tercera, Título IV de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[16] Artículo 11 de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[17] Artículo 13 de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[18] Ver Artículos 32, 33 y 34 de la Constitución de 1901 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[19] Bravo Correoso, Antonio: *Cómo se hizo la Constitución de 1901*, Imprenta y Papelería Rambla, Bouza y Cía., La Habana, 1927; Zamora, Juan Clemente: "Nuevas orientaciones…", *cit.*;

Tampoco hay diferencias destacables con respecto al constitucionalismo español previo. Se protegió la propiedad privada de todas las formas posibles contra la interferencia del Estado. Quizás en este sentido el artículo 33, al prohibir totalmente la confiscación de bienes, puede verse como un retroceso frente a textos más avanzados, como la Constitución española de 1869.[20]

Igualmente, en consonancia con el ya citado artículo 34, el poder de crear nuevos impuestos o modificar los existentes recaía en el Congreso de la República. Al respecto, el artículo 59.2 dispuso: "Discutir y aprobar los presupuestos de gastos e ingresos del Estado. Dichos gastos e ingresos, con excepción de los que se mencionarán más adelante, se incluirán en presupuestos anuales y solo regirán durante el año para el cual hubieren sido aprobados. Los gastos del Congreso, los de la Administración de Justicia, los de intereses con que deben ser cubiertos, tendrán el carácter de permanentes y se incluirán en presupuesto fijo, que regirá mientras no sea reformado por leyes especiales".[21] Para cubrir este apartado, el propio artículo 59 en su ordinal 8 reguló: "Establecer las contribuciones e impuestos, de carácter nacional, que sean necesarios para las atenciones del Estado".[22] Por tanto sería el órgano legislativo, conformado por la representación de los propios contribuyentes, el que se encargaría de revisar el gasto público y decidir si los fondos, y por tanto los impuestos necesarios para cubrirlos eran convenientes y pertinentes. Aquí, el artículo 60 estableció algunos límites a la actuación del Congreso al regular: "El Congreso no podrá incluir en las leyes de presupuestos, disposiciones que ocasionen reformas legislativas o administrativas de otro orden: ni podrá reducir o suprimir ingresos de carácter permanente, sin establecer al mismo tiempo otros que los sustituyan, salvo el caso de que la reducción o supresión procedan de reducción o supresión de gastos permanentes equivalentes: ni asignar a ningún servicio que deba ser dotado en el presupuesto anual, mayor cantidad que la propuesta en el proyecto del Gobierno; pero sí podrá crear nuevos servicios y reformar o ampliar los existentes, por medio de leyes especiales".[23] Como puede apreciarse los constituyentes buscaban a toda costa mantener el equilibrio fiscal, aunque esto podía limitar la capacidad de obrar del gobierno frente a una crisis.

Como complemento se reconocía la propiedad intelectual para las obras artísticas o invenciones de acuerdo a lo establecido en la ley.[24]

Ferrara, Orestes: "Las ideas político sociales…", *cit.*; Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[20] Ver artículos 13 y 14 de la Constitución española de 1869, en *Constituciones españolas*, Edición Conjunta del Congreso de los Diputados y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1986.

[21] Artículo 59 ordinal 2 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: *Las Constituciones de Cuba*, Editorial Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

[22] Artículo 59 ordinal 8 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[23] Artículo 60 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[24] En este caso las leyes de propiedad intelectual española que databan de fines del siglo XIX.

Otro tema vinculado a la propiedad es el de la deuda pública. Al respecto el propio artículo 59, en su apartado 3, dispuso: "Acordar empréstitos, pero con la obligación de votar, al mismo tiempo, los ingresos permanentes, necesarios para el pago de intereses y amortización. Todo acuerdo sobre empréstitos requiere el voto de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cuerpo Colegislador".[25] En buena técnica este sistema ofrecía a los acreedores amplias garantías, pues obligaba al Congreso a destinar recursos específicos para su pago, que, en la práctica, se negociaban con cada nuevo préstamo, y que no quedaban afectados por el presupuesto general. No obstante, cualquier operación de esta naturaleza significaba mayores afectaciones a la propiedad, de ahí la exigencia de mayorías cualificadas para su aprobación.

Un tema también vinculado con la propiedad era el referente al derecho al sufragio. El tema motivó una de las más encendidas polémicas de la Convención Constituyente. Originalmente, la comisión redactora de las bases consideró oportuno incluirlo, al considerar que era materia correspondiente a una ley especial y no a la Constitución[26]. En este punto los constituyentes parecían seguir el plan de la Constitución española de 1876. La mayoría de los presentes, entre ellos Sanguily y Cisneros Betancourt, se opusieron a este arreglo, presentando proyectos de enmienda. A continuación comenzó un agrio debate, ya que Giberga y otros consideraban necesario establecer un sistema de sufragio restringido, bien en base a la capacidad económica o intelectual. El resultado fue una solución de compromiso. La Sección Segunda reconoció en su artículo 38: "Todos los cubanos, varones, mayores de veintiún años, tienen derecho de sufragio, con excepción de los siguientes: Primero. Los asilados; Segundo. Los incapacitados mentalmente, previa declaración judicial de su incapacidad; Tercero. Los inhabilitados judicialmente por causa de delito; Cuarto. Los individuos pertenecientes a las fuerzas de mar y tierra que estuvieren en servicio activo".[27] Por principio, esto significó reconocer la capacidad para ejercer el sufragio, aunque, a la hora de establecer los procedimientos electorales, la voluntad de los ciudadanos quedaba considerablemente restringida.[28] En este sentido la introducción de los compromisarios sacados de los mayores contribuyentes para la elección de los senadores constituyó un compromiso entre las dos tendencias opuestas.

Un último tema relacionado con la propiedad es el referente a la Hacienda Nacional. Al respecto el solitario artículo 114 estableció: "Pertenecen al Estado todos los bienes, existentes en el territorio de la República, que no correspondan a las Provincias o a los Municipios, ni sean individual o colectivamente,

[25] Artículo 59 ordinal 3 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[26] Bravo Correoso, Antonio: ob. cit., p. 34.
[27] Artículo 38 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[28] En este sentido solo eran directas las elecciones de representantes a la Cámara.

de propiedad particular".[29] Esta resulta la única mención a bienes públicos que aparece en la norma, y más que nada, resultan de incorporación por defecto. Lo que no sea de nadie, es del Estado.

Como puede apreciarse, la Constitución de 1901 era coherente en su defensa de la propiedad, de acuerdo con los postulados liberales del siglo XIX. En ella se defiende la propiedad privada como un derecho esencial, estableciéndose requisitos y limitaciones al poder público para su vulneración. En segundo lugar, no se menciona casi la propiedad estatal, ni ningún tipo de intervención directa del Estado en la economía.

El período comprendido entre 1901 y 1933 llevó a la paulatina crisis del modelo liberal defendido por el constituyente de 1901. En este sentido, la débil respuesta del Estado al crac bancario de 1921,[30] que produjo el colapso de la banca nacional, es un reflejo del mantenimiento de estas doctrinas, pese a sus negativas incidencias en la vida económica del país.

En este sentido, bajo el influjo de las nuevas tendencias constitucionales, como la mexicana de 1917, se comienza a levantar un debate teórico sobre el papel del Estado en la economía. En palabras de Juan Clemente Zamora: "Pero, ante el progreso científico realizado durante los últimos cincuenta años, todo el hermoso edificio, minado en su base misma, se ha derrumbado estrepitosamente".[31]

Un punto esencial del mismo sería el referido a la tenencia de la tierra. La formación de los grandes latifundios cañeros, mayoritariamente en manos de compañías extranjeras, alarmó a no pocos cubanos, y sus demandas encontraron cierto eco en el Congreso. Ello explica que, desde una fecha tan temprana como 1903, haya intentos de poner coto a la extensión de las grandes propiedades agrícolas y al control del suelo por extranjeros.[32]

Las condiciones objetivas de Cuba dificultaban cualquier legislación en este sentido, he ahí que ninguno de los proyectos presentados pasara de los primeros debates. No obstante, el interés de la opinión pública mantuvo vivo un debate que se retomaría en la década del treinta.

---

[29] Artículo 114 ordinal 3 de la Constitución de 1901, en Lazcano y Masón, Andrés: *Las Constituciones de Cuba*… cit.

[30] Le Riverend, Julio: *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973; Le Riverend, Julio: *Historia de Cuba*, t. 3 al 5, Editorial Pueblo y Educación, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973; Le Riverend, Julio: *Historia económica de Cuba*. 4ta. ed., Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1974; López Civeira, Francisca, Oscar Loyola Vega y Arnaldo Silva León: *Cuba y su historia*. Editorial Félix Varela, La Habana, 1995; Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba: La Neocolonia. Organización y crisis 1899 a 1940*, Editora Política, La Habana, 1996.

[31] Zamora, Juan Clemente: "Nuevas orientaciones… *cit.*, p. 8.

[32] Dorta Duque, Manuel: *Derecho Agrario*, [s.e], La Habana, 1956; Le Riverend, Julio: *Historia económica… cit.*, ; Pavó Acosta, Rolando: "La cuestión agraria en el pensamiento político y jurídico cubano. 1900- 1958". Revista *Santiago*, núm. 97, 2002.

A partir de 1925, el gobierno cubano, impulsado por la crisis del sector azucarero y el creciente desempleo, con su secuela de efervescencia social, comenzó un programa de intervención de facto en la economía basado en tres frentes. En primer lugar un ambicioso programa de obras públicas, con cargo al presupuesto.[33] En segundo lugar, una reforma arancelaria de corte proteccionista, que permitió desarrollar ciertas industrias.[34] Por último, una política de control azucarero, basada en la restricción de las zafras y el establecimiento de un vendedor único, supervisado por el Estado, para la exportación del dulce.[35]

Este último punto obligó a regular nuevos temas complementarios que afectaban la santidad de los contratos, establecida en la Constitución.[36]

Esta política, en buena medida experimental e hija de la adversa coyuntura económica, no encontró eco en la reforma constitucional de 1927 a 1928, que sí afectó otros temas sensibles, como la articulación de los poderes públicos. Ello se debe a que los políticos cubanos de la época, liberales de convicción, solo asumieron el papel de interventores de mala gana. No es de extrañar entonces que no hayan debatido este tema a la hora de reformar la Constitución.[37]

La revolución de agosto de 1933, que derrocó la dictadura de Gerardo Machado, marcó el inicio de una crisis constitucional en Cuba, que se prolongaría hasta 1940.[38] En consecuencia, se va a abrir un período de inestabilidad consti-

---

[33] Le Riverend, Julio: *Historia económica…* cit.; López Civeira, Francisca; Loyola Vega, Oscar y Silva León, Arnaldo: ob. cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.; Rodríguez, Rolando: *Rebelión en la República*. 3 tomos, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2013.

[34] Le Riverend, Julio: *Historia económica…* cit.; López Civeira, Francisca; Loyola Vega, Oscar y Silva León, Arnaldo: ob. cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.; Rodríguez, Rolando: *Rebelión en…*cit.

[35] Le Riverend, Julio: *Historia económica…* cit.; López Civeira, Francisca; Loyola Vega, Oscar y Silva León, Arnaldo: ob. cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.; Rodríguez, Rolando: *Rebelión en…* cit.

[36] Así, por ejemplo, hubo que regular lo referido al contrato de molienda de cañas, los arrendamientos y el colonato en el sector azucarero. Ver al respecto: Dorta Duque, Manuel: ob. cit.; Carreras, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1981; Fernández Bulté, Julio: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

[37] Ver al respecto: Infiesta, Ramón: *Historia constitucional de Cuba*. Cultural S.A., La Habana, 1951; Hernández Corujo, Enrique: *Historia Constitucional de Cuba*, Compañía Editorial de Libros y Folletos, La Habana, 1960; Álvarez Tabío, Fernando: *El constitucionalismo en Cuba*, EPUH, Unidad Ligera, Escuela de Ciencias Políticas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1966; Carreras, Julio: ob. cit.; Fuente, Jorge de la: *Análisis Constitucional desde Jimaguayú hasta el 40*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1989; Vega Vega, Juan: *Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1988; y Fernández Bulté, Julio: ob. cit.

[38] Tabares del Real, José A.: *La Revolución del 30. Sus dos últimos años*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.; López Civeira, Francisca: *El Proceso revolucionario de los años 30*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005;

tucional, con diferentes documentos jurídicos con ese rango, emanados de órganos estatales de facto.[39]

Esto sin dudas creó una gran inseguridad jurídica, pero facilitó la realización de modificaciones a la ley fundamental, para introducir en ella nuevos elementos, acordes con una mayor intervención estatal en la economía y un mayor control de la propiedad.

En este sentido los Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba del 14 de septiembre de 1933 dispusieron limitaciones al ejercicio de los derechos individuales: "Como el Gobierno provisional incurriría en verdadero delito si abandonase las seguridades del poder a las aspiraciones tendenciosas, podrá someter temporalmente los derechos individuales a un régimen de fiscalización gubernativa, de cuyo uso dará asimismo cuenta a la Asamblea Constituyente".[40]

Por principio, parece que todos los derechos van a ser sometidos a un severo control y fiscalización, incluyendo la propiedad. No obstante, el artículo sexto hizo una importante excepción: "Nadie podrá ser privado de su propiedad legítima sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces y Tribunales ampararán y, en su caso, reintegrarán al expropiado".[41] Esta aparente contradicción resultaba una garantía para los capitales extranjeros invertidos en Cuba y en alguna medida reflejaba el temor a una posible intervención norteamericana.[42]

En febrero de 1934 se dicta una nueva Ley Constitucional, que, en materia de derechos, reprodujo el articulado de la Constitución de 1901. En este texto, fruto de la presión popular, aparecen los primeros cambios al régimen constitucional de la misma. Así, aunque el artículo 33[43] mantuvo la fórmula de 1901, el 34 introdujo una significativa variación al disponer: "No podrá imponerse en ningún caso la pena de confiscación de bienes. No obstante, el Poder Ejecutivo o el Consejo de Secretarios podrán acordar las medidas y Leyes pertinentes, al objeto de retener, embargar y ocupar bienes, valores, derechos y acciones de

---

Rodríguez, Rolando: *La revolución que no se fue a bolina.* Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2013.

[39] Véase: Hernández Corujo, Enrique: *Las transformaciones del Derecho constitucional cubano desde el 12 de agosto de 1933. Revista Cubana de Derecho,* año XII, Imprenta de F. Verdugo, 1936.

[40] Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba del 14 de septiembre de 1933, en Lazcano y Masón, Andrés: *Las Constituciones de Cuba.* Editorial Cultura Hispánica, Madrid, 1952.

[41] Artículo Sexto de los Estatutos para el Gobierno Provisional de Cuba del 14 de septiembre de 1933, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[42] No olvidar que en esta época todavía estaba vigente la Enmienda Platt, que autorizaba al gobierno de Estados Unidos a intervenir militarmente en Cuba, en caso de que ataques externos o conflictos internos amenazaran la vida o propiedades existentes en la isla.

[43] Artículo 33 de la Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

personas declaradas o no responsables; pero acusadas de haber causado grave daño al Tesoro Público de modo directo y en el ejercicio de cargos o función pública, y precisamente en la época comprendida del 20 de mayo de 1925 al 12 de agosto de 1933, hasta que los Tribunales resuelvan sobre el tanto de culpa y responsabilidad de los acusados".[44] Se trata de una medida destinada a castigar a los culpables de malversación de fondos públicos, aunque, en la práctica, parece tratarse más bien de un secuestro preventivo.

Por su parte, el artículo 35 amplió las garantías ofrecidas en la de 1901 con respecto a los tributos al disponer: "Nadie está obligado a pagar contribución, impuesto ni multa, tenga esta o no carácter penal, que no estuvieren establecidos por las Leyes y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por las mismas".[45]

No obstante, la atribución de las funciones propias del Congreso al Consejo de Secretarios, disminuía sensiblemente el valor de esta medida, ya que permitía a un órgano no representativo el establecer contribuciones y aprobar impuestos.[46]

Como puede apreciarse, estos primeros intentos de modificar la regulación constitucional de la propiedad no se apartaron mucho del modelo liberal.

Aunque durante el año 1934 la citada Ley Constitucional sufrió amplias reformas que afectaron diversos aspectos, la propiedad no se encontraba incluida entre ellos.[47]

En junio de 1935, después de un período de incertidumbre, donde incluso Cuba careció de Constitución,[48] se implementó una nueva Ley Constitucional, destinada a marcar un cierto retorno a la normalidad. La misma introdujo significativas transformaciones en el Derecho de propiedad, que anunciaban los cambios de la Constitución de 1940.

En primer lugar el artículo 14 estableció: "Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan, no podrán ser alteradas por el Poder Ejecutivo ni por el Legislativo, a no ser

---

[44] Artículo 34 de la Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[45] Artículo 35 de la Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[46] Ver artículo 56 apartados 5, 6 y 8 de la Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[47] De esto se exceptúa la Reforma del 24 de febrero, que reformó el artículo 13 que quedó redactado así: "Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan, no podrán ser anuladas ni alteradas por el Poder Ejecutivo ni por el Consejo de Secretarios cuando ejercite sus facultades legislativas". Ley Constitucional del 3 de febrero de 1934, reformada el 24 de febrero de 1934, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[48] Entre marzo y junio de 1935 estuvo suspendida la vigencia de toda norma constitucional en el país. Véase Resolución Conjunta del 8 de marzo de 1935 del Gobierno Provisional derogatoria de la Ley Constitucional. En Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

por causa de utilidad pública y precisamente en la forma en que determinen las leyes".[49] Este primer cambio permitió anular cualquier acuerdo que resultara perjudicial a la economía nacional, pero rompía uno de los principios sagrados del Derecho de propiedad establecido en el siglo XIX.

Los artículos del 33 al 36 mantuvieron esencialmente lo dispuesto en 1901.[50] Igualmente se mantuvo la elección de los senadores por los mayores contribuyentes,[51] la atribución a los órganos legislativos de los temas referentes a deuda pública e impuestos[52] y el referente a la Hacienda Nacional.[53]

En 1936 el Congreso aprobó un proyecto constitucional, que reformó completamente la constitución vigente, y que serviría de base, cuatro años después, a la Constitución de 1940.[54] En el mismo se incluyeron significativas transformaciones con respecto a la propiedad.

El primero de ellos, el artículo 19, modifica en su párrafo cuarto lo referente a la retroactividad de las leyes civiles, otorgando mayores garantías a los ciudadanos.[55] Igualmente se mantuvo el artículo 36[56] que prohibió la confiscación de bienes.

La propiedad se haya incluida en el capítulo IV del Título dedicado a los derechos sociales. El mismo comenzaba con una disposición preliminar, el artículo 37 al disponer: "El régimen de la vida cubana se basará en los principios de la justicia social y asegurará los beneficios de la vida familiar, de la cultura, y de la armonía entre el trabajo y el capital, a todos los habitantes de la República, a fin de que disfruten de una existencia digna. Se reconoce la libertad económica individual, siempre que se subordine a los principios capitales enunciados en el párrafo anterior".[57] Como puede apreciarse, este artículo introducía elementos nuevos en el constitucionalismo cubano. El Estado quedaba obligado a hacer efectivas estas normas de justicia social y de armonía entre el trabajo y el

[49] Artículo 14 de la Ley Constitucional del 11 de junio de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[50] Artículos del 33 al 36 de la Ley Constitucional del 11 de junio de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[51] Artículo 46 de la Ley Constitucional del 11 de junio de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[52] Ver Artículo 60 ordinales 2, 3 y 8, así como el artículo 61 de la Ley Constitucional del 11 de junio de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[53] Ver Artículo 114 de la Ley Constitucional del 11 de junio de 1935 en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[54] Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[55] Véase Artículo 19 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[56] Véase Artículo 36 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[57] Véase artículo 37 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

capital. Para ello, era evidente que sería necesaria su intervención en la actividad económica, bien como regulador, bien como sujeto activo. Esto explica como, pese a reconocerse la iniciativa privada como base de una economía capitalista, resulta evidente su necesaria subordinación a los principios antes enunciados. Cuba se insertaba, con ello, en la esfera del constitucionalismo social y del Estado de bienestar.

En consecuencia, el proyecto constitucional estableció en el artículo 39 que: "El Estado protege la propiedad familiar rústica y la declara exenta de impuestos, inalienable e inembargable. Las Leyes establecerán la existencia y la forma de adquirir y mantener esta clase de propiedad y dictarán las reglas que sean necesarias para facilitar su establecimiento y propagación".[58] Con este sistema, se procuró consolidar la pequeña propiedad rústica, sometida en Cuba a la constante presión de los grandes terratenientes.

El capítulo IV estableció las reglas en materia de propiedad. La primera diferencia significativa con respecto a 1901 es el aumento del número de artículos involucrados. De tres recogidos expresamente en la primera de ellas, se pasa a casi diez recogidos en un título independiente.

En segundo lugar las normas resultan mucho más minuciosas que en las constituciones anteriores, aunque se percibe una cierta falta de sistemática, como podemos apreciar, de su análisis.

En principio el artículo 51 dispuso: "El Estado reconoce la propiedad privada, pero su uso y explotación ha de realizarse de manera que propendan al bienestar del pueblo cubano. La propiedad de la tierra, del subsuelo, de los bosques, de las aguas, de los ferrocarriles y demás vías de comunicación y transporte y de las empresas de servicios públicos será explotada de manera que propendan al bienestar social".[59] Como puede valorarse, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 37, se subordinaba la propiedad privada al interés social. Un aspecto interesante es el referente a que no se atribuye al Estado la titularidad de los recursos naturales y de las empresas de transporte, sino una mera función de control y supervisión de su cumplimiento del interés social.

Esta impresión está reforzada con los artículos siguientes. En primer lugar, el artículo 52 estableció que: "Todo autor o inventor gozará de la propiedad exclusiva de su obra o invención por el tiempo y en la forma que señalen las Leyes".[60] En contradicción con lo dispuesto en el artículo anterior, el ejercicio de este derecho no queda subordinado a razones de utilidad pública o interés social.

---

[58] Véase artículo 39 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[59] Véase artículo 51 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[60] Véase artículo 52 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

El artículo 53[61] repetía lo dispuesto en el 19 con respecto a la irretroactividad de las leyes en materia civil, salvo por razones de utilidad pública o interés social, determinado por leyes extraordinarias.

El artículo 54 modificó lo establecido en 1901 al disponer: "Nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de interés social, previo la correspondiente indemnización, en la forma y condiciones que establezcan las leyes. Los Tribunales de justicia serán competentes para decidir si las expropiaciones responden a un interés social y si se han cumplido los demás requisitos establecidos en la Constitución. En caso contrario ampararán al perjudicado y ordenarán al Estado, la Provincia o la Municipalidad que lo reintegre en el disfrute de su propiedad".[62] Como puede apreciarse, se otorgan amplias garantías al propietario en sede jurisdiccional, así como la obligación de pagar una indemnización antes de consumar el acto expropiatorio.

A continuación el artículo 55[63] repitió lo dispuesto en 1901 en lo referente a las contribuciones. Es interesante que, en su redacción, se suprima la referencia a las multas que viene desde 1934.

Las nuevas concepciones sobre la propiedad aparecen en los artículos siguientes. En primer lugar, el artículo 56 dispuso que: "El Estado tiene la potestad de regular, conforme al interés social, el contrato de arrendamiento, según la naturaleza y destino del inmueble, las condiciones económicas y el nivel de vida de cada época".[64] Por su parte, el artículo 57 estableció: "Se fijará el tipo máximo de interés contractual en la forma y condiciones que prescriben las leyes. Se declara punible la usura".[65] Por último, el artículo 58 instituyó: "El Estado regulará el uso, la extensión y la explotación de la tierra, inspirándose en el principio de que la estructura agraria de la República de Cuba esté constituida por unidades agrícolas que permitan racionalizar la producción y distribuir la propiedad rústica de modo que su propiedad sea suficiente a asegurar una vida digna a la familia campesina. La política económica agraria del Estado propenderá a que las fincas rústicas sean propiedad de cubanos que las pongan en producción".[66] Como puede apreciarse las principales limitaciones

[61] Véase artículo 53 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[62] Véase artículo 54 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[63] Véase artículo 55 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[64] Véase artículo 56 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[65] Véase artículo 57 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[66] Véase artículo 58 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

al derecho están centradas en el uso y disfrute de la propiedad, que sigue en manos privadas.

Interesante resulta también el aumento de los artículos dedicados a la Hacienda nacional. De apenas uno, en 1901, se pasó a un Título completo, el XV, con casi quince artículos, y una regulación más variada, dividida en tres secciones: Finanzas del Estado, Presupuesto y Tribunal de Cuentas.[67] En este punto el artículo 153 ampliaba un poco la noción de bienes de dominio público que ya venía establecida desde 1901: "Pertenecen al Estado, además de los bienes de dominio público y los suyos propios, todos los existentes en el territorio de la República, que no correspondan a las Provincias o a las Municipalidades ni sean, individual o colectivamente de propiedad particular".[68] A continuación, el artículo 154 estableció requisitos especiales para su venta o gravamen.[69] Como puede apreciarse, se ha ampliado el concepto de propiedad estatal, al reconocerse expresamente, por primera vez, la existencia de bienes de dominio público, y fijar, en correspondencia, reglas especiales para su traspaso a particulares.

Otro aspecto interesante radica en la creación del Consejo Económico y Social, definido como el órgano encargado de asesorar la aplicación de la política social del Estado.[70] Se trata esencialmente de un órgano consultivo,[71] organizado de modo corporativo.[72] Lo interesante es que marcó una tendencia a una mayor participación del Estado en la vida económica del país, en aras de cumplir los objetivos sociales propuestos.

En cuanto a los mecanismos políticos, el proyecto estableció la elección directa de los senadores, eliminando el mecanismo que favorecía la presencia de los mayores contribuyentes, una verdadera reliquia decimonónica.[73]

En cuanto a las atribuciones del Congreso, en sede de propiedad, no difería demasiado de lo expuesto en 1901.[74]

---

[67] Véase Título XV del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[68] Véase artículo 153 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[69] Véase artículo 154 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[70] Véase Título XI. del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[71] Ver artículo 112 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[72] Véase artículo 109 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[73] Véase artículo 75 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[74] Véase artículo 89 ordinales 3, 4 y 9 del Proyecto de Reforma Integral de la Ley Constitucional de 1935, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

Ciertamente, el proyecto de Constitución adoptado por el Congreso cubano representaba un avance significativo, al reconocer por primera vez los derechos sociales y subordinar el régimen de propiedad privada a su realización.

Lamentablemente, el proyecto constitucional no navegó muy lejos, quedando la isla en un estado de provisionalidad constitucional hasta 1940. No obstante, a finales de la década del treinta, se realizaron los primeros ensayos de planificación económica, que culminaron en el Plan Trienal de 1937.[75] Sus poco satisfactorios resultados, así como la presión de los defensores del liberalismo, tanto en el orden interno como externo, obligaron a abandonar estos esquemas de planificación económica en 1940.[76]

La Constitución de 1940 mantuvo algunos de los postulados referentes a la propiedad ya introducidos en 1936.

Así, el artículo 22 al establecer el principio de irretroactividad de las leyes civiles expuso:

> Las demás Leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo que la propia Ley lo determine por razones de orden público, de utilidad social o de necesidad nacional, señaladas expresamente en la Ley con el voto conforme de las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cuerpo colegislador. Si fuera impugnado el fundamento de la retroactividad en vía de inconstitucionalidad, corresponderá al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales decidir sobre el mismo, sin que pueda dejar de hacerlo por razón de forma y otro motivo cualquiera. En todo caso la propia ley establecerá el grado, modo y forma en que se indemnizarán los daños, si los hubiere, que la retroactividad infiriese a los derechos adquiridos legítimamente al amparo de una legislación anterior. La ley acordada al amparo de este artículo no será válida si produce efectos contrarios a lo dispuesto en el artículo 24 de esta Constitución.[77]

Como complemento el artículo 23 dispuso: "Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan no podrán ser anuladas ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo y, por consiguiente, las Leyes no podrán tener efecto retroactivo respecto a dichas obligaciones. El ejercicio de las acciones que de estas se deriven podrá ser suspendido, en caso de grave crisis nacional, por el tiempo que fuere razonable-

[75] Le Riverend, Julio: *Historia económica de Cuba*… cit. ; López Civeira, Francisca; Loyola Vega, Oscar; Silva León, Arnaldo: *Cuba y su historia*… cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.

[76] Le Riverend, Julio: *Historia económica de Cuba*… cit.; López Civeira, Francisca, Oscar Loyola Vega y Arnaldo Silva León: *Cuba y su historia*… cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.

[77] Artículo 22 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

mente necesario, mediante los mismos requisitos y sujeto a la impugnabilidad a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior".[78]

Como puede apreciarse se trató de un compendio de lo ya regulado en los años treinta sobre este tema.

Como complemento de lo anterior, el artículo 24 dispuso: "Se prohíbe la confiscación de bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad judicial competente y por causa justificada de utilidad pública o interés social, y siempre previo al pago de la correspondiente indemnización en efectivo fijada judicialmente. La falta de cumplimiento de estos requisitos determinará el derecho del expropiado a ser amparado por Tribunales de Justicia, y en su caso reintegrado en su propiedad. La certeza de la causa de utilidad pública o interés social y la necesidad de la expropiación corresponderá decidirlas a los tribunales de Justicia en caso de impugnación".[79] Al respecto de este artículo señalaba atinadamente José Manuel Cortina: "En la Constitución vigente, el derecho de expropiación –que antes era de libre apreciación del Estado– ha sido restringido. Se le ha dado al propietario, sobre la legislación antigua, un derecho más, o sea, el de discutir ante los tribunales si es verdad o no que existe un interés social que justifique la expropiación. Es decir, que con la Constitución actual está más resguardada y es más restringida la intervención del Gobierno en la propiedad privada, que con la primera Constitución que tuvo la República".[80]

La mayoría de las normas relacionadas con la propiedad aparecen, no obstante, en el Título VI dedicado al trabajo y la propiedad, que forma parte del catálogo de Derechos sociales que esta Constitución reconoce.[81] En ella se puede advertir una continuidad con respecto al proyecto de 1936, pero también significativas alteraciones.

En principio el artículo 87 reconoce la propiedad privada dentro de ciertos límites, al plantear: "El Estado cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley".[82] Aquí aparece claramente perfilada la teoría de la función social de la propiedad, que apenas está esbozada en 1936.

Sin dudas, el tema del contenido de la función social resultó uno de los más polémicos del texto de 1940. En este sentido, José Manuel Cortina expresaba: "Este concepto, tal coma está en la Constitución, significa solamente que cuando el propietario utilice su propiedad en forma antisocial, o sea, sin ponerla

[78] Artículo 23 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[79] Artículo 24 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[80] Cortina, José Manuel: "Función social de la propiedad según la Constitución cubana", *Diario de la Marina*, La Habana, 26 de febrero de 1946, p. 16.

[81] Véase el Título VI de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[82] Artículo 87 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

en explotación o coordinarla debidamente con el ritmo económico del país, el Estado tiene, de acuerdo con la misma Constitución, el derecho de privarlo de esa propiedad para incorporarla al movimiento económico del país, mediante el procedimiento expropiatorio que la propia Constitución señala, o los pagos de indemnización correspondientes cuando las leyes, acordadas debidamente, suspenden alguno de los atributos de la propiedad, con carácter transitorio".[83] En su opinión: "Sobre esta idea de la función social se ha especulado erróneamente, entendiéndose que la llamada función social le da derecho al Gobierno a asumir la dirección total de la propiedad y condicionarla, regularla y limitarla per decretos, en la forma que tenga por conveniente, separándose caprichosamente de las garantías y normas limitativas fijadas por la Constitución".[84] En una cuerda similar Orestes Ferrara comentaba: "En esta constitución la propiedad se mantiene bajo el régimen de apropiación individual, como en la precedente; pero se somete su disfrute pacífico a los intereses del Estado. No solo el principio del *ius utendi et abutendi* cae por completo, sino que su existencia como derecho desaparece, ya que se le califica de función, y de función social, o sea, común".[85] En buena medida, estas opiniones fueron el resultado del debate interno presente en la Convención Constituyente entre los liberales de la vieja usanza, como el propio Ferrara, y los defensores de las nuevas teorías. El hecho es que, como lo prueba la obra de Cortina, nadie tenía una claridad meridiana al respecto de qué significaba función social de la propiedad, y siete años después continuaba el debate sobre el tema. Hay que tener presente que se discutía de fondo la capacidad del Estado de dirigir la economía. En última instancia, el propio Cortina lo define como un valladar frente al egoísmo individual al decir: "El concepto *función social* –insistimos en aclararlo– significa que el propietario, por el mero hecho de serlo, no puede establecer una muralla infranqueable entre su egoísmo, el interés social y sus derechos patrimoniales. El hombre que tiene una propiedad y vive dentro de la comunidad social, está obligado a darle a esta propiedad un sentido social, o sea, de actividad creadora".[86]

Por su parte, el artículo 88 declaró que: "El subsuelo pertenece al Estado, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la Ley. La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley, será declarada nula y reintegrada al Estado".[87] Vinculado con el anterior aparece el artículo 89: "El Estado tendrá el derecho de tanteo en toda adjudicación, o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores represen-

[83] Cortina, José Manuel: ob. cit., p. 1.

[84] Ídem, p. 12.

[85] Ferrara, Orestes: "Las ideas político sociales en las constituciones cubanas". Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Madrid el día 29 de enero de 1945. Talleres Tipográficos Marsinoa, Madrid, 1945, p. 30.

[86] Cortina, José Manuel: ob. cit., p. 13.

[87] Artículo 88 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

tativos de propiedades inmobiliarias".[88] Sin dudas estas disposiciones resultan mucho más precisas y otorgan al Estado más facultades que lo dispuesto en el proyecto de 1936 antes comentado.

A ello hay que añadir uno de los artículos más progresistas de la Constitución de 1940, el 90, que estableció: "Se proscribe el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades. La Ley limitará restrictivamente la adquisición y posesión de la tierra por personas y compañías extranjeras, y adoptará medidas que tiendan a revertir la tierra al cubano".[89] La historia de este artículo resulta interesante, por la presentación de dos proyectos contrapuestos: el del Partido Unión Revolucionaria Comunista y el del Partido Revolucionario Cubano Auténtico; al final resultó aprobada la primera propuesta con una significativa modificación.[90] Lo interesante es que el consenso mayoritario de la Convención Constituyente era la necesidad de frenar la expansión del latifundio y de tratar de resolver el problema agrario cubano. Lamentablemente, este artículo, como tantos otros de esta Carta Magna, quedó en letra muerta.

Como complemento de lo anterior el artículo 91, siguiendo un criterio similar a 1936, trató de proteger al pequeño agricultor al disponer: "El padre de familia que habite, cultive y explote directamente una finca rústica de su propiedad, siempre que el valor de esta no exceda de dos mil pesos, podrá declararla con carácter irrevocable como propiedad familiar, en cuanto fuera imprescindible para su vivienda y subsistencia, y quedará exenta de impuestos y será inembargable e inalienable salvo por responsabilidades anteriores a esta Constitución. Las mejoras que excedan de la suma anteriormente mencionada abonarán los impuestos correspondientes en la forma que establezca la Ley. A los efectos de que pueda explorarse dicha propiedad, su dueño podrá gravar o dar en garantía siembras, plantaciones, frutos y productos de la misma".[91]

Por su parte, el Artículo 92 recogió los derechos vinculados a la propiedad intelectual al expresar: "Todo autor o inventor disfrutará de la propiedad exclusiva de su obra o invención, con las limitaciones que señale la Ley en cuanto a tiempo y forma. Las concesiones de marcas industriales y comerciales

---

[88] Artículo 89 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[89] Artículo 90 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

[90] Infiesta, Ramón: *Historia constitucional…* cit.; Dorta Duque, Manuel: ob. cit.; Hernández Corujo, Enrique: *Historia Constitucional de Cuba…* cit.; Álvarez Tabío, Fernando: ob. cit.; Le Riverend, Julio: *Historia económica…* cit.; Carreras, Julio: ob. cit.; Fuente, Jorge de la: ob. cit.; Vega Vega, Juan: ob. cit.; Fernández Bulté, Julio: ob. cit.; López Civeira, Francisca; Loyola Vega, Oscar y Silva León, Arnaldo: ob. cit.; Instituto de Historia de Cuba: ob. cit.

[91] Artículo 91 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

y demás reconocimiento de crédito mercantil con indicaciones de procedencia cubana, serán nulos si se usaren, en cualquier forma, para amparar o cubrir artículos manufacturados fuera del territorio nacional".[92] En esencia se trataba de una disposición similar a la ya recogida en 1901. Lo novedoso venía a ser el segundo párrafo, que, en buena técnica, no debería incluirse en la Constitución.

Por su parte, el artículo 93[93] declaró derogado cualquier gravamen perpetuo sobre la propiedad inmueble, con excepción de aquellos adjudicados a entidades estatales.

A partir de aquí se presentan cuatro artículos dedicados a temas específicos. De ellos, el más trascendente resulta el 94, que recogió: "Es obligación del Estado hacer cada diez años por lo menos un Censo de población que refleje todas las actividades económicas y sociales del país, así como publicar regularmente un Anuario Estadístico".[94] Es evidente que, si se supone que el Estado va a intervenir en la marcha de la economía, resulta necesario disponer de datos fiables de su desempeño, además de incentivar otros aspectos, como la inversión de capitales.

En cuanto a la participación del Estado en la economía el artículo 271 dispuso que: "El Estado orientará la economía nacional en beneficio del pueblo para asegurar a cada individuo una existencia decorosa. Será función del Estado fomentar la agricultura e industria pública y beneficio colectivo".[95] Como consecuencia de lo anterior el artículo 277 declaró que: "Los servicios públicos, nacionales o locales, se considerarán de interés social. Por consiguiente, tanto el Estado como la Provincia y el Municipio, en sus casos respectivos, tendrán el derecho de supervisarlos, dictando al efecto las medidas necesarias".[96]

A continuación se establecen una serie de normas regulatorias de los contratos agrícolas,[97] que, en buena técnica, no debían ser parte de una Constitución, pero las complejidades del sector agrario cubano recomendaron su inclusión a este nivel.

Quizás una de las normas más significativas de este acápite es la prevista en el artículo 276: "Serán nulas y carecerán de efecto las leyes y disposiciones creadoras de monopolios privados, o que regulan el comercio, la industria y la agricultura en forma tal que produzcan ese resultado. La Ley cuidará especialmente de que no sean monopolizadas en interés particular las actividades

[92] Artículo 92 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[93] Artículo 93 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[94] Artículo 94 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[95] Artículo 271 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[96] Artículo 277 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.
[97] Véanse artículos 274 y 275 en artículo 88 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

comerciales en los centros de trabajos agrícolas e industriales".[98] Sin dudas, esta ley antimonopolio, sin precedentes en la historia de Cuba, estaba destinada a obtener pocos resultados prácticos en las condiciones concretas de nuestro país, en esa época.

Como puede apreciarse la Constitución de 1940 marcó el final de un ciclo evolutivo del Derecho Constitucional cubano, signado, en materia de propiedad, por el abandono de las doctrinas liberales sobre el tema, en la medida que se asumen los postulados del constitucionalismo social y de intervención del Estado en la economía. La frustración de las aspiraciones populares, de justicia social recogidas en la Carta Magna, llevó a que, apenas veinte años después de su promulgación, se iniciara una nueva etapa de transformaciones en materia de derecho de propiedad, que se extiende hasta nuestros días, y cuya historia, como tantas otras, aún está por hacer.

[98] Artículo 276 de la Constitución cubana de 1940, en Lazcano y Masón, Andrés: ob. cit.

La función social de la propiedad en la Constitución cubana de 1940

Giselle Jordán Fernández*

En el año 2015, varias fechas importantes nos rememoran el aniversario 75 de la que fue considerada en su época la Constitución más progresista en América Latina. Firmada en el histórico lugar de Guáimaro el 1º de julio de 1940 y promulgada cuatro días después en la escalinata del Capitolio Nacional, la Constitución cubana de 1940 alcanzó pleno vigor en su totalidad el 10 de octubre de ese propio año, consagrándose como uno de los principales exponentes de la historia constitucional patria.

Su carácter avanzado es valorado justamente a partir de muchos de los derechos que fueron regulados, siguiendo la línea del constitucionalismo social y de las teorías y precedentes constitucionales foráneos a los que el Magno Texto cubano tuvo a bien seguir.[1]

Precisamente, la justicia social se reconoce en la primera de las Bases del Gobierno de la República acordadas por la Asamblea Constituyente, protegiéndose bajo su rubro a la cultura, la familia, el trabajo y la propiedad, reconocida esta última en su más amplio aspecto de función social, concepción que comenzaba a tomar fuerza y se oponía a la tradicional consideración de la propiedad como derecho subjetivo.

En Cuba, la Constitución de 1901, de carácter individualista, reguló la propiedad como un derecho subjetivo en su artículo 32, resultado del ideario filosófico y político de la época en la que fue adoptada.[2] Según la concepción de los derechos subjetivos, tal como es descrito por León Duguit, el hombre es titular de derechos inalienables "naturales", anteriores al derecho positivo. "(…)

* Licenciada en Derecho. Profesora de Historia del Estado y el Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.

[1] Téngase en cuenta que la Constitución de 1940 reguló por primera vez en la historia constitucional cubana los derechos socioeconómicos y culturales, tal como había iniciado la Constitución mexicana de 1917.

[2] Tal como refiere Hernández Corujo, ese ideario es consecuencia principalmente de los principios de la filosofía política del siglo XVIII y de los antecedentes, propagados principalmente por Inglaterra y Estados Unidos, y a los que Francia les dio universalidad. Vid. Hernández Corujo, Enrique: *Historia Constitucional de Cuba*, La Habana, Compañía Editora de Libros y Folletos, O´Reilly No. 304, 1960, p. 356.

es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indisolublemente ligados a su cualidad de hombre".[3]

Sin embargo, luego de pasados los marcos históricos propicios para la adopción de la concepción individualista de los derechos, comienza a desarrollarse un nuevo sistema jurídico que según el propio Duguit descansa en una concepción exclusivamente realista,[4] que elimina poco a poco la concepción metafísica del derecho subjetivo, y es precisamente la noción de la función social,[5] noción que la Constitución de 1940 tuvo el mérito histórico de acoger. Tal como refiere el Dr. Álvarez Tabío, "(…) en el artículo 87 se recoge el concepto solidarista de Duguit "la propiedad función social" es decir, es un deber objetivo". [6]

Empero, esta recepción doctrinal devenida en precepto constitucional, no fue obra del azar, sino de las coyunturas favorables que convergieron para su adopción. Tal como refiere acertadamente el Dr. Hernández Corujo, el Magno Texto de 1940 se elaboró en un mundo de ideologías bien distintas a las que presidieron la Constitución individualista de 1901,[7] evidenciándose en una mayor participación del Estado en la regulación económica. Precisamente, Orestes Ferrara describe este fenómeno como el contraste de las corrientes de ideas del individuo y estatismo,[8] permeando esta última los nuevos cauces constitucionales y políticos del siglo XX.

En Cuba, con anterioridad a la promulgación de la Constitución, se habían sentido las influencias de las nuevas proyecciones económicas, políticas y sociales que estaban predominando e inspirando la obra constitucional de varios Estados. A ello debe sumársele la aspiración de los sectores populares a convocar una Asamblea Constituyente en cuyo seno se adecuaran los preceptos a los marcos de estas nuevas ideas y sus influencias.

En Cuba, importantes figuras del Derecho se pronunciaban por la necesidad de adecuar los preceptos constitucionales a las nuevas realidades sociales,

---

[3] Duguit, León: *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid, 1920, p. 32.

[4] La regla de derecho no tiene ya como fundamento los derechos subjetivos de los individuos, sino en la estructura social, de ahí que sea realista por el hecho de descansar en la función social, y socialista por descansar también en los hechos de la vida social.

[5] Duguit, León: ob. cit., p. 35.

[6] Álvarez Tabío, Fernando: *El Constitucionalismo en Cuba*, Universidad de La Habana, Dirección de Publicaciones, Unidad de Impresión Ligera, 1966, p. 9.

[7] Hernández Corujo, Enrique: ob. cit., p.196.

[8] Al respecto el autor refiere que la Constitución cubana de 1940 es un evidente reflejo del aumento de la participación del Estado, lo cual explica de forma estadística a partir de los preceptos constitucionales de la Carta Magna de 1901 y la de 1940. En la primera –refiere– la palabra Estado se halla mencionada 18 veces, mientras en la segunda, en el mismo número de artículos, los primeros 115, se halla repetida 44 veces. *Vid.* Ferrara, Orestes: *Las ideas jurídico sociales en las Constituciones Cubanas*, Talleres Gráficos Marsiega, Madrid, 1946, p. 7.

seguidores del ejemplo de otras naciones. Es así que el Dr. Carrera Justiz, en Conferencia pronunciada en la Información pública del Senado en 1936, se refería a la "gran cuestión social" como elemento imprescindible a tener en cuenta en una futura pero necesaria reforma constitucional.[9]

También resulta muy interesante lo expuesto por el Dr. Clemente Zamora, quien en 1939, adelantándose a la obra final de la labor constituyente, brindaba los que a su juicio debían ser los nuevos rumbos por los que se transitase en materia constitucional.[10] Uno de estos aspectos de avanzada era precisamente el nuevo concepto de propiedad, diferente a aquel consagrado en el siglo XVIII por las revoluciones franco-americanas en los que la propiedad privada era un derecho inmanente del ser humano, sagrado e inalienable. Ante esta concepción, se alza la perspectiva de que la propiedad debe cumplir también un fin hacia la colectividad.

Ese fin social, reconocido no solo por la doctrina sino también por figuras políticas y militares del país –baste solo mencionar la alocución de Batista en 1939[11]–, pone de manifiesto la recepción en Cuba de la teoría de la función social de la propiedad y del pensamiento de León Duguit.

América Latina no era ajena a estas influencias doctrinales ni al nuevo concepto de propiedad que se propugnaba. La Constitución mexicana de 1917, precursora en este aspecto, constituyó un precedente para modificaciones constitucionales posteriores. En Colombia, tan solo unos años antes de la obra de la Constituyente cubana, se sentían las marcadas influencias de la obra y el pensamiento de Duguit, siendo la concepción de la propiedad uno de los puntos más importantes de la reforma de 1936.[12] Muchas de las Constituciones de postguerra bebían de estas fuentes doctrinales, y moldeaban sus preceptos a tenor de estos efectos.

En líneas generales, la teoría de la función social se fundamenta en que el hombre no tiene derechos ni la colectividad tampoco; la esencia se encuentra en el papel, tarea o función que le corresponde desempeñar al hombre en la sociedad, de la cual depende el equilibrio de la misma: "No puede dejar de cumplir

---

[9] Carrera Justiz, F.: "La Reforma de la Constitución", Conferencia pronunciada en la Información pública del Senado, Universidad de La Habana, Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Económicas, La Habana, 1936, p. 19.

[10] Clemente Zamora, Juan: "Nuevas orientaciones en materia constitucional", Conferencia dictada en el Club Atenas de La Habana, el 13 de febrero de 1939, Editorial Atalaya, La Habana, 1930, p. 13.

[11] En la alocución del Coronel Batista el 4 de septiembre de 1939 como Jefe del Ejército se pronuncia a favor de un orden nuevo, con metas hacia una justicia social y hacia un nacionalismo reformador, con aspiraciones de reformas sociales y económicas, economía dirigida, función social de la propiedad. *Vid.* Hernández Corujo, Enrique: ob. cit., p. 207.

[12] Batista Pereira, Eliécer y Coral Lucero, James Iván: "La función social de la propiedad: La recepción de León Duguit en Colombia", *Criterio Jurídico*, Volumen 10, No. 1, Santiago de Cali, 2010, p. 62.

esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social",[13] y de realizar acciones que tiendan contra la colectividad, se exigiría la responsabilidad de dicho individuo y, por el contrario, los realizados a favor de la sociedad se encuentran protegidos.

Con esta nueva corriente de pensamiento la propiedad tiene una conceptualización y un alcance diferente:[14] ya no se va a analizar como un derecho absoluto, sino como una función social; en ello incide sobre todo el reconocimiento de la propiedad en su dimensión económica, como expresión de riqueza.[15]

Por ello, las necesidades económicas de la sociedad moderna imponen que la propiedad se vaya transformando, y pase de ser considerada como un derecho subjetivo del individuo, a ser esencialmente una función social. "La propiedad (…) se ha formado para responder a una necesidad económica (…), y evoluciona necesariamente con las necesidades económicas mismas".[16] La necesidad está dada porque los bienes –riquezas– que se afectan para intereses individuales y colectivos deben contar con garantías y protección.

La razón por la cual se protegen socialmente esos fines –individuales y colectivos– por los cuales se afecta la propiedad, se realizó esencialmente a través del reconocimiento y aceptación por parte de las legislaciones del derecho subjetivo que le corresponde al poseedor del bien. Sin embargo, las propias características de este tipo de protección son las que determinan que el sentido de la propiedad vaya cambiando y se modifique según las circunstancias económicas. El hecho de que el sistema de los derechos subjetivos proteja a la propiedad únicamente en su arista individual y no colectiva es el principal elemento por el cual ha de producirse la transformación.

Ello también va unido a que la concepción de los derechos subjetivos en el ámbito de la propiedad, confiere al titular de la misma un derecho absoluto, que puede perjudicar los intereses de la colectividad,[17] por lo que esa propie-

---

[13] Duguit, León: ob. cit., p. 40.

[14] En la concepción de derecho subjetivo existe una voluntad que se impone sobre otra, en tal sentido, en este mismo ejemplo del derecho de propiedad, Duguit afirmaba: "(…) tengo el poder de imponer a otro el respeto a mi voluntad, de usar como me parezca de las cosas que posea a título de propietario". Vid, Duguit, León: ob. cit., p. 28.

[15] "En cuanto a la propiedad, no es ya en el derecho moderno el derecho intangible, absoluto, que el hombre que posee riqueza tiene sobre ella. (…) es una función social. El propietario, es decir, el poseedor de una riqueza tiene, por el hecho de poseer esta riqueza, una función social que cumplir; mientras cumple esta misión sus actos de propietario están protegidos. Si no la cumple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino". Ídem, p. 190.

[16] Ídem, p. 168.

[17] Al respecto, León Duguit menciona las consecuencias negativas de esta concepción individualista y del carácter absoluto del derecho de propiedad. Sucintamente podemos mencionar que las facultades que componen el dominio (uso, disfrute y disposición) si no se

dad ha de variar entonces desde una concepción individualista –vista como un derecho– a la concepción socializada,[18] considerada como una función social. No obstante, el hecho de que la propiedad se socialice no significa que la propiedad capitalista deje de ser la principal forma de propiedad del sistema;[19] sino simplemente que la óptica con la cual se analiza la misma es la que sufre la transformación.

De hecho, en la Constitución cubana de 1940 se encontraban diferentes garantías a la propiedad privada, dadas precisamente por los preceptos en los que se prohibía la confiscación de bienes, en la regulación de la expropiación forzosa, y en el hecho de que se estableciese la inviolabilidad de las obligaciones y la irretroactividad de las leyes no penales.[20]

En el caso cubano, no solo influyó el aspecto doctrinal en la visión de la propiedad como función social, sino también los precedentes constitucionales que antecedían a la regulación patria y que sirvieron de ejemplos a la regulación nacional. Precisamente, Clemente Zamora[21] cita los casos de la Constitución de Weimar, la Constitución mexicana de 1917, la Constitución española de 1931 y la Constitución rusa de 1936 como exponentes de la nueva regulación de la propiedad en el orden constitucional, y como los paradigmas a seguir por el Estado cubano en este aspecto.

---

ejercitan pueden llevar consigo consecuencias socialmente perjudiciales, por ejemplo: el caso de un campo sin cultivar. Igualmente, el poder público, con esta concepción "únicamente puede realizar algunas restricciones por interés de policía, pero que no puede tocar en él más que habiendo pagado una justa y previa indemnización". *Vid.* Duguit, León: ob. cit., p. 173-174.

[18] Al decir de Domínguez Luis, "En esta perspectiva, la socialización del Derecho expresa un sometimiento progresivo de las relaciones jurídicas a normas obligatorias por razón de necesidad social. Precisamente, el instrumento que caracteriza a esta socialización del Derecho es la acción estatal o pública en general, que se presenta como intervención en la disciplina de las relaciones intersubjetivas, ya a través del legislador, ya por medio de la Administración Pública, o bien por vía judicial". *Vid.* Domínguez Luis, José Antonio: *Sobre la funcionalización del derecho de propiedad*, dialnet.unirioja.es

[19] Al respecto, Domínguez Luis también explica acertadamente que: *"(…), la idea de función social no puede conducir a una formulación absoluta hasta llegar a un concepto de 'propiedad socialista'* excluyente de toda idea de propiedad individual. En este sentido, bien puede decirse que el principio de la función social de la propiedad se comporta como punto de transacción entre planteamientos ideológicos dispares (liberalismo vs. marxismo) en un contexto histórico que encuentra en el fenómeno de la socialización del Derecho su expresión cenital". Ídem, p. 1.

[20] Álvarez Tabío, Fernando, *Teoría e Historia de la Constitución cubana. Segundo Semestre*, Empresa de Publicaciones Universidad de La habana, Unidad de Impresión Ligera, 1965, p. 8.

[21] Clemente Zamora, Juan: ob. cit., p. 15.

En tal sentido, la Constitución mexicana en su Título primero, Capítulo I dedicado a las garantías individuales, reconoce en su artículo 27[22] la propiedad como función social. Si bien el capítulo donde se recoge dicho artículo se titula de las garantías individuales, vemos que la propiedad no protege únicamente esta arista individual sino también colectiva, determinada por el "interés público" o el "beneficio social" que revisten las limitaciones a la propiedad privada. La Constitución de Weimar, por su parte, regula en el Titulo V dedicado a la vida económica, a la propiedad como una función social en su artículo 153[23] y la Constitución española de 1931, la regula en el Capítulo dos del Título *De los derechos y deberes de los españoles*, dedicado a la Familia, la Economía y la Cultura, en el artículo 44.[24]

En general, los textos mencionados presentan como principales características que la propiedad no se protege exclusivamente a nivel individual sino también en su arista colectiva, identificando el interés social y el beneficio de la colectividad como elementos que limitan la actuación del propietario. Igualmente, otro rasgo común es que se concibe a la propiedad no como un derecho

[22] "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.
"Las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana".

[23] "La Constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijarán las Leyes. No puede procederse a ninguna expropiación sino por utilidad pública y con sujeción a la Ley. Se realizará mediante indemnización adecuada, a menos que una Ley del Reich disponga otra cosa. Respecto a la cuantía de la indemnización cabrá, en caso de desacuerdo, recurso ante los Tribunales ordinarios, salvo que por Leyes del Reich se disponga otra cosa. La expropiación que se realice en favor del Reich a costa de los Estados, Municipios o asociaciones de utilidad pública sólo podrá tener lugar mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso ha de constituir a mismo tiempo un servicio para el bien común".

[24] "Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes. Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada. Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija. El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional. En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes".

subjetivo sino como una institución económica, como una riqueza para su propietario, lo cual condiciona que se le impongan determinadas obligaciones en beneficio social.

La Constitución Cubana de 1940 en su artículo 87 establece que: "El Estado cubano reconoce la existencia y la legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la ley".

Asimismo, como resultado de la función social que se le reconoce a la propiedad en la Constitución de 1940 también se desprende como consecuencia la proscripción del latifundio, en el Artículo 90.[25]

Sin embargo, la Constitución no establece qué puede entenderse por función social, mas deducimos que es en el mismo sentido en que se ha venido analizando, a saber, que la propiedad representa una riqueza para su propietario quien tiene el poder y el deber de emplear la cosa en la satisfacción de sus necesidades individuales y de las comunes.

De Manera muy sucinta, el Dr. Álvarez Tabío se refiere a este particular, planteando que "(…) El propietario de una riqueza tiene el deber de emplearla en bien de la comunidad y solo en cuanto cumple esta función merece la protección del Estado.[26]

Por su parte el Dr. José Manuel Cortina, Presidente de la Comisión Coordinadora de la Asamblea Constituyente, plantea que el precepto significa que cuando el propietario utilice su propiedad de forma antisocial, sin ponerla en explotación o coordinarla debidamente con el ritmo económico del país, el Estado tiene el derecho de privarlo de esa propiedad para incorporarla a dicho movimiento.[27] De lo anterior se evidencia la influencia que ejerciera el antecedente de la Constitución española de 1931, pues en la misma se hacen muy parecidas alusiones a la necesidad de que la propiedad privada responda a los intereses de la economía nacional.[28]

Asimismo, Raúl de Cárdenas refiere que el concepto de función social supone que el propietario no puede disponer de su patrimonio con entera libertad, sino coordinando sus intereses con los de la comunidad.[29]

---

[25] Artículo 90: "Se proscribe el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades".

[26] Álvarez Tabío, Fernando: *El Constitucionalismo en Cuba*… cit. p. 9.

[27] Cortina, José Manuel: "Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba", *Diario de la Marina*, La Habana, 26 de febrero de 1946, p. 5.

[28] Al respecto, la Constitución española establece en su Artículo 153 que: "Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes".

[29] De Cárdenas, Raúl: *Los Derechos privados y la Constitución del Estado*, Sociedad de Legislación Comparada de La Habana, Impresos Infantes, s.a., p. 7.

Igualmente, de la lectura del artículo constitucional se colige que, efectivamente, la propiedad privada se encuentra protegida en su vertiente individual –al reconocérsele su existencia y legitimidad–, pero también en su arista colectiva, dada especialmente por la consagración explícita de la propiedad en su amplio concepto de función social. Tal como refiere acertadamente Ferrara, en esta Constitución la propiedad se mantiene bajo el régimen de apropiación individual, pero se somete su disfrute a los supremos intereses del Estado.[30]

Es dable destacar que en la Convención Constituyente el tema de la propiedad se suscitó tanto en la discusión del artículo 24 relativo a la confiscación de bienes, como en el artículo 85 en el que es regulada en su amplio aspecto de función social. Desde un inicio, el Dr. Cortina en el seno de la Convención no consideraba que existiese ninguna contradicción entre ambos preceptos, ya que a su juicio la redacción del artículo 24 era la adecuada por no ser contrarios los derechos del individuo al régimen de democracia social.[31]

Resulta necesario referir que la redacción del artículo 24 tal como se encuentra en el texto constitucional, fue combatida por el Dr. Juan Marinello Vidaurreta, delegado del Partido Unión Revolucionaria Comunista.[32] Sus objeciones no estaban vinculadas al reconocimiento que el precepto establecía, ya que a su juicio entorpecía la realización de lo que el mismo refrendaba.

A su entender, entregar a los tribunales la fijación de la certeza de la utilidad pública o el interés social y la necesidad de la expropiación cuando ella se impugnara, resultaba ser un desacierto, ya que calificaba a los tribunales de justicia de tímidos y formalistas por lo que en muy pocos casos estarían conformes con la expropiación. En tal sentido, consideraba que debía ser el Congreso, como entidad política, quien interpretara con amplitud y realidad el texto de la Constitución, el ejercicio de esa función social.

Sin embargo, con posterioridad esta facultad conferida a los Tribunales Justicia –en sentido genérico, como refiere el artículo 24–, fue otorgada al Tribunal de Garantías Constitucionales, según establece el artículo 13 inciso 12 de la Ley 7 de 1949, que adiciona el artículo 127 –bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial.[33]

Esta declaratoria de inconstitucionalidad origina la ineficacia de la disposición impugnada –en este caso la sentencia– para el futuro y la imposibilidad

---

[30] Ferrara, Orestes: ob. cit., p. 30.

[31] En tal sentido también refiere que "(…) esto no significa que mantengamos un derecho de propiedad egoísta y absorbente, puesto que (…) la propiedad, (…) debe existir en beneficio del que la tiene, pero armonizada con el beneficio también de la sociedad donde se desenvuelve". *Vid.* Lazcano y Mazón, Andrés María: *Las Constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, p. 209.

[32] Lazcano y Mazón, Andrés María: Op. cit., p. 210.

[33] García Belaunde: "El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 109, enero-abril de 2004, Apéndice II, p. 9.

de poderla aplicar en todo caso, bajo pena de inhabilitación para el funcionario que lo haga.[34]

Asimismo, Marinello se manifiesta inconforme respecto al pago previo y la indemnización en efectivo, por considerar que este constituye un requisito que perjudica la efectividad de la función social de la propiedad.

Eusebio Mujal, delegado del Partido Revolucionario Cubano, al hacer uso de la palabra, si bien se pronuncia partidario de la indemnización, no considera que esta deba hacerse de manera previa y mucho menos en efectivo.[35]

El tema anterior tiene trascendencia para el momento en el cual se entiende trasmitida la propiedad por vía de este procedimiento, y si el pago previo de la indemnización es un requisito para la trasmisión definitiva de la propiedad, como se establecía en la Ley Constitucional de 1935 en su artículo 33.

En la práctica, los pronunciamientos del Alto Foro sobre este particular habían demostrado discurrir por caminos diversos. Orlando Rivero, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, plantea que el mismo osciló entre dos interpretaciones opuestas:[36] la primera de ellas consideraba que la expropiación forzosa era una venta forzosa a la cual le era aplicable la resolución por incumplimiento de contratos, lo que significaba que ante la falta de pago por parte del expropiante el propietario temporalmente desposeído pero todavía no expropiado tenía derecho a la restitución del bien y a la desestimación de la acción judicial expropiatoria. Esta posición, apoyada por las sentencias del Tribunal, había sido mantenida con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1940. Posteriormente, mediante la sentencia número 22 de 13 de mayo de 1937 se adopta un criterio diferente, al considerarse que la expropiación forzosa no era una venta forzosa porque el Código Civil de 1889 en su artículo 1456 expresamente la había excluido de su ámbito competencial para remitirla a la legislación especial extracodificada.[37]

Sin embargo, con la Constitución de 1940, y con la sentencia No. 10 de 3 de febrero de 1944, se vuelve al precedente anterior a 1915, al considerarse a la expropiación como una venta forzosa, aclarando esta vez que precisamente en virtud del artículo 24 de la Constitución el modo de reparar la falta de pago del expropiador al propietario era la restitución impuesta con rango constitucional.

Esto es, precisamente, a lo que el delegado Juan Marinello se refería en su exposición, ya que el hecho del pago en efectivo del monto fijado perjudicaría, a la postre, la eficacia de la función social de la propiedad.

---

[34] Méndez, Emilio: "El poder judicial y la Constitución", *Comparative Juridical Review*, p. 82.

[35] Álvarez Tabío, Fernando: *Teoría e Historia de la Constitución*… cit., p. 12.

[36] Rivero Valdés, Orlando: "La tutela jurisdiccional de los Derechos reales inmobiliarios en Cuba: Discurso jurídico y reajuste socioeconómico", *Cuba in Transition*, ASCE, 2006, p. 262.

[37] Ibídem, p. 263.

No obstante, el Dr. Cortina, también en la Constituyente, planteó que lo que se buscaba con la redacción que finalmente tuvo el artículo 24 no era que una de las partes tuviera que escoger la forma de pago y sus condiciones, sino que esta estuviese fijada en la Constitución.[38]

De lo dicho anteriormente se colige que existe una relación estrecha entre los preceptos 85 y 24 de la Constitución. El primero de ellos protege a la propiedad en su vertiente individual y colectiva, pero el segundo refuerza, aún más, la protección individual del derecho de propiedad.

La relación entre estos preceptos, según lo expuesto por el Dr. Cortina, está dada porque la función social reconocida en el precepto 87 tiene por objeto únicamente dar una causa legítima y justa a la expropiación.[39] Dicho criterio se encuentra sustentado en el final del artículo 87 que al establecer que la propiedad no tendrá "(…) más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la ley" establece un relación forzosa con el único caso que a juicio del Dr. Cortina afecta el derecho de propiedad y es el previsto por el artículo 24.

En tal sentido consideramos que si bien la expropiación por motivo de utilidad pública puede ser una forma de llevar a cabo la función social de la propiedad, el alcance de la misma no puede sujetarse exclusivamente a esos términos[40].

La concepción de función social trasciende los márgenes estrechos del proceso expropiatorio y es, en primer lugar, una teoría que trata de redefinir la naturaleza de la propiedad. Por supuesto que el procedimiento expropiatorio es una de las vías para lograr que se cumpla la función social de la propiedad, pero la existencia del mismo no supone, a su vez, la existencia de la función social pues la causal de utilidad pública o interés social ya existía desde la concepción de los derechos subjetivos.[41]

Precisamente, se considera que la redacción que presenta el precepto del artículo 32 constitucional regulador de la expropiación forzosa, más que permitir o viabilizar la realización de la función social de la propiedad, la concebía como garantía del propietario. Lo anterior se ha explicado tanto por los requisitos

[38] Lazcano y Mazón, Andrés María: ob. cit., p. 214.

[39] Cortina, José Manuel: ob. cit., p. 6.

[40] Téngase en cuenta que en la Declaración del Hombre y del ciudadano, si bien se reconocía a la propiedad como un derecho inviolable, sí se preveía que se privara de la misma al propietario en caso de necesidad pública y con una previa indemnización, mas ello no significa que se adoptara la función social de la propiedad por solo recoger la expropiación en dicho precepto.

[41] Al respecto podemos citar el artículo 32 de la Constitución Cubana de 1901 cuando establece, por ejemplo, que: "Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización. Si no procediese este requisito, los jueces y tribunales ampararán y, en su caso reintegrarán al expropiado".

necesarios para la expropiación –a los que se refería Marinello– como con la redacción del precepto, al prescribirse de forma negativa: "Nadie podrá ser privado de su propiedad (…)", lo cual hace revestir a la propiedad de su carácter de derecho absoluto y sagrado.[42]

Lo que sucede, a nuestro entender, es que según los preceptos de las constituciones mexicana, española y en la Constitución de Weimar, el alcance de la función social es más abarcador que el artículo del texto cubano, ya que en los primeros se regula conjuntamente el procedimiento de expropiación forzosa con elementos propios que caracterizan a la función social y la dotan de un contenido mucho más amplio.

Tal como refiere el Dr. Orestes Ferrara, en la Constitución de 1940 se establecen principios nuevos, pero no se extrae de todos ellos todas sus consecuencias lógicas.[43] En el caso de la función social de la propiedad, si bien la misma es reconocida, no se le otorga toda la dimensión que este concepto tuvo en otros preceptos constitucionales.

Por ejemplo, el ya citado precepto de la Constitución mexicana, luego de referirse a la expropiación forzosa, establece que: "La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación (…)". Quizás el artículo cubano no hace referencia a nada semejante, por el hecho de que esas restricciones puedan socavar en demasía a la propiedad privada. Reiteradamente, el Dr. Cortina plantea que ese no es el fin de la función social de la propiedad que se recoge en el Magno Texto cubano. Al respecto plantea: "Sin embargo, para algunos se ha interpretado que el Gobierno, en virtud de esta obligación que se le atribuye a la propiedad, puede libremente dictar decretos y reglamentos alterando o anulando el derecho de propiedad (…) apoderándose de sus atributos, de sus utilidades y de su libertad de movimientos, sin tener en lo absoluto que pagar indemnización ni precio alguno, fijado necesariamente por los jueces, por los perjuicios reales que produzcan tales medidas".[44] Por ello, es que también el Dr. Cortina estableciera que la única limitación al derecho de propiedad para que cumpla su función social viene impuesta por la expropiación forzosa regulada en el artículo 24, estableciendo ese lazo estrecho entre los dos preceptos.

Sin embargo, tampoco el artículo 87 reconoce otras características que configuran especialmente la propiedad como función social y que se escapan del

[42] "El derecho de propiedad es concebido, en suma, como derecho absoluto y exento, como derecho sagrado e inmutable, tal como lo definió la Declaración francesa de 1789. La expropiación es consagrada, no como instrumento positivo para alcanzar la liberación económica de nuestro país, sino como garantía del propietario. De ahí que se enuncie de forma negativa (…)". Álvarez Tabío, Fernando: *Teoría e historia de la Constitución…* cit., p. 12.

[43] Ferrara, Orestes: ob. cit., p. 31.

[44] Cortina, José Manuel: ob. cit., p. 6.

ámbito de la expropiación, antes aludido; ejemplo de ello es que nada se menciona acerca de que la propiedad obliga a su propietario a cumplir determinados fines como sí hace la Constitución de Weimar; pudiese inferirse, claro está, del significado amplio que el término función social tiene, pero no encuentra asidero constitucional de forma explícita en el texto cubano. También la Constitución de Weimar establece que el uso de la propiedad ha de ser para el bien común, aspecto que tampoco se encuentra en el artículo de la Constitución cubana.

Por su parte, la Constitución española de 1931 impone pautas realmente trascendentales a la hora de configurar la función social de la propiedad, al recoger la posibilidad de su socialización; la misma implica el sometimiento de la propiedad a normas obligatorias en beneficio común, en este caso también puede aducirse que, fuera del ámbito del procedimiento confiscatorio por utilidad pública contenido en la Constitución, estaríamos presentes ante las objeciones antes expuestas por el Dr. Cortina, pues esa injerencia del poder público, a su entender, puede llegar a anular el derecho de propiedad. Igualmente, la Constitución española de 1931 establece que "Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados". En este caso se pone de manifiesto cómo los actos contrarios a la función social son sancionados por el Derecho, correlativo que no se encuentra en la Constitución cubana tampoco pues, como ya se ha venido aduciendo, se trata de establecer una relación unívoca entre el artículo 87 de la Constitución y el artículo 24, relativo a la expropiación forzosa, mas esta en modo alguno puede verse como una sanción, en todo caso lo sería la confiscación de bienes, que se encuentra prohibida por el propio artículo 24.

En palabras de Nieto Piñeiro-Osorio[45] la Constitución cubana de 1940 había asimilado las nuevas ideas avanzadas que surgían a nivel internacional en lo económico, político y social, lo cual sin dudas le otorga un carácter progresista a muchos de sus preceptos, sin embargo, es difícil, como bien se dice, que se transforme absolutamente las bases del Estado cubano, de ahí que la propiedad privada continúe siendo el principal elemento de la base económica, no permitiéndose, por tanto, la confiscación de bienes. "(…) la preocupación de los constituyentes en relación con esta institución tan medular de la vida económica que es la propiedad privada fue colocarse en un justo medio. Mantener intangible la propiedad, como régimen económico, permitiéndole, al mismo tiempo, rendir un beneficio general".[46]

[45] Nieto Piñeiro-Osorio: *El Concepto de Constitución*, Imp. Fernández Solana y Ca., La Habana, 1952, p. 52.
[46] Ídem, p. 53.

A este justo medio es a lo que el Dr. Álvarez Tabío llama una contradicción,[47] particularmente, entre el artículo 87 donde se consagra la propiedad como función social y lo establecido en el artículo 24, que sigue la misma línea de pensamiento de la concepción individualista basada en la propiedad como derecho subjetivo, consagrada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano,[48] en la que la expropiación es vista como una garantía ante la actuación de la administración.

Desde los debates en el seno de la Constituyente, Juan Marinello alertaba sobre la posible contradicción entre estos dos preceptos. Precisamente, consideraba que uno de ellos reconocía la legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social mientras que el otro invalidaba la declaración esencial acumulando una gran cantidad de requisitos.[49]

Asimismo, Orestes Ferrara refiere que con la Constitución de 1940 existía una situación de desnivel creada por el Estado que le da la facultad de considerar el interés público como factor determinante en las apropiaciones económicas pero manteniendo, a su vez, la propiedad privada.[50]

En sentido general, es innegable que al Magno Texto de 1940 le cabe un mérito histórico sin precedentes en el constitucionalismo nacional anterior, al regular por vez primera a la propiedad en su amplio aspecto de función social. En ello influyeron no solo las corrientes doctrinales de avanzada y el pensamiento de León Duguit, sino los antecedentes de otros textos constitucionales ya analizados que sirvieron de ejemplo a los constituyentistas cubanos. Sin embargo, la teoría de la función social no fue acogida sin reservas por los constituyentistas cubanos, ya que el artículo 24 del propio texto constitucional es un ejemplo de subsistencia de la concepción individualista de la propiedad, limitando ciertamente todo lo que de avanzado trataba de sentar el artículo 87. Más que una relación entre ambos preceptos constitucionales, es precisamente una contradicción lo que subyace y trasciende, no solo desde el punto de vista normativo ni tan solo para su aplicación práctica.

---

[47] "La contradicción entre ambos preceptos es, pues, evidente. Lo que se quería decir en la norma del artículo 87, se negaba en el artículo 24. La razón es obvia, la burguesía criolla ni sus amos del Norte estaban dispuestos a otorgar ninguna concesión que amenazara sus grandes inversiones, y por medio de sus representantes en la asamblea constituyente maniobraron hábilmente a fin de escamotear todas las reformas que pretendían introducir los delegados progresistas". Álvarez Tabío, Fernando: *Teoría e historia de la Constitución… cit.*, p. 9.

[48] De una parte, en el artículo 24 se reconoce y garantiza la propiedad privada capitalista entre los derechos fundamentales de la persona humana, según la clásica formula de la Declaración de 1789, es decir, que la propiedad privada constituye un "a priori" del Derecho Constitucional, cuya misión es solo preservar una institución ya existente por derecho natural.

[49] Lazcano y Mazón, Andrés María: ob. cit., p. 211.

[50] Ferrara, Orestes: ob.cit., p. 42.

Concepto unitario, formas de propiedad y destino socioeconómico de la propiedad en Cuba. Una mirada desde el Código civil al estatuto constitucional de la propiedad

Marta Fernández Martínez*

Nota introductoria

Estas reflexiones buscan desentrañar la relación entre el alcance, contenido y efectos de la expresión legal *destino socioeconómico* del bien, que sin dudas merece un detenimiento conceptual en Cuba, toda vez que puede ser el eje central desde el cual entendamos la teoría que enmarca este derecho. A la vez es importante valorar la expresión a la luz de cada una de las formas de propiedad reconocidas o garantizadas por la Constitución de la República y cómo esta denominación merece también una definición conceptual y no quedarse en una mera clasificación de sujetos con bienes detentados, gozados y explotados; lo cual repercute sin dudas en la determinación de la teoría a la que nos afiliemos para entender la propiedad en nuestro sistema económico-social.

Esclarecer también el contenido de esta expresión *destino socioeconómico*, nos puede conducir a concluir o no si defendemos o refrendamos la teoría de la función social de la propiedad, aunque no reconozcamos como base de la constitución económica la propiedad privada, sino el estatuto de las formas de propiedad, sin sentido unitario. Además nos llevaría a la reflexión de la diferencia entre la propiedad social y la propiedad estatal; y también nos haría reflexionar sobre la facultad de disposición por transformación *conforme al destino socioeconómico* en las llamadas formas de propiedad, con respeto por todos los sujetos a los que legalmente se les permite una atribución económica.

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Notaria.

Brevísima historia de un cambio conceptual político, económico y legislativo. De los 40 del siglo XX a la fecha

La Constitución de 1940 en Cuba reconoció la existencia y legitimidad de la propiedad privada como fundamento en la teoría de la función social de la propiedad. En su artículo 87 estableció: "El Estado cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquellas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley".

El concepto *función social* para Cortina significa que el propietario, por el mero hecho de serlo, no puede establecer una muralla inaccesible entre su egoísmo, el interés social y sus derechos patrimoniales. El hombre que tiene una propiedad y vive dentro de la comunidad social, está obligado a darle a esta propiedad un sentido social, o sea, de actividad creadora.[1]

Señala el jurista francés Duguit: "La propiedad es para todo poseedor de una riqueza el deber, la obligación de orden objetivo, de emplear la riqueza que posee en mantener y aumentar la interdependencia social".[2] Entendiendo que todo individuo tiene el deber y la obligación de emplear la riqueza que posee en conservar y desarrollar la interdependencia social, en razón directa del lugar que ella ocupa.

Para el italiano Rodotá el concepto de función social no puede ser entendido como una expresión nómada que varía según el criterio de quien la interpreta, por lo tanto, no constituye una simple invitación a un examen sobre la experiencia jurídica sobre la institución y sí un elemento que acompaña la situación propietaria todas las veces que existe una utilidad social definida por el legislador. Para él no existe la clásica confrontación dialéctica entre estructura y función, por lo que la función social de la propiedad es: "la descubierta en el aspecto interno de la propiedad o, diciendo de otra manera, se coloca como último análisis, como un componente de su estructura". Entonces se entiende que la función social es sinónimo de expresiones diversas como bienestar social, utilidad social, interés social, fin social, etcétera. El escritor resume todo lo anterior diciendo que: "todas las expresiones reconducen a un máximo social".[3] La función social actúa desde dentro, modificando la sustancia y el contenido del derecho.

---

[1] Cortina, José Manuel: "Función Social de la Propiedad según la Constitución de Cuba", Estudio publicado en el *Diario de la Marina*, La Habana, 26 de febrero de 1946, p. 13.

[2] Citado en Gutiérrez Pila, Osbel; Rodríguez Saif, María Julia; Figueredo Sánchez, Zulia y Moreno, Yojannier: *De la función social de la propiedad, una visión cubana y socialista desde una perspectiva jurídica*. Digital, s. p.

[3] Ídem, s. p., citando a Rodotá.

Rivero Valdés considera que el actual Derecho Civil, le debe a la teoría de la función social el concepto de derecho subjetivo, el desarrollo de la teoría de la prohibición del abuso de derecho y la elaboración de las ideas fundamentales en materia de limitación de los derechos reales. Teniendo como base el principio *qui ius suo utitur nemo patitur* (quien su derecho usa, a nadie engaña) la doctrina llamó la atención acerca de lo insuficiente, en determinados casos, de limitarse a cumplir preceptos legales prohibitivos o restrictivos de formas de aprovechamiento o disposición de las cosas y los derechos.[4]

Los cambios políticos acaecidos en 1959 generaron cambios económicos que trascendieron, por supuesto, al texto de la Constitución cubana de 1976 donde no define expresamente la filiación a la teoría de la función social de la propiedad. Gutiérrez Pila, Rodríguez Saif, Figueredo Sánchez, y Moreno consideran que en Cuba no podemos hablar de función social como lo concibe el derecho burgués, ni de propiedad privada con función social sino de esencia del sistema y de la naturaleza misma del sistema.[5] Sustentándose en que la Constitución cubana actual no expresa, ni explícita ni implícitamente la función social de la propiedad.

Al respecto señalan los citados autores que la expresión *limitaciones al ejercicio del derecho* siempre deberá ser entendida en el verdadero sentido y alcance de la primacía que conlleva su existencia derivada del papel fundamental de la propiedad estatal socialista, nunca como expresión de la aplicación de la teoría de la función social de la propiedad a un sistema al que le es inherente por su esencia.[6]

La Constitución de la República establece que en Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción,[7] lo cual, a la vez sienta las bases para la intervención del Estado en las relaciones sociales, a fin de remediar en lo posible las desigualdades económicas y sociales existentes. En este sentido, el contenido de nuestro derecho de propiedad, en todas sus formas mencionadas y garantizadas constitucionalmente, debe entenderse desde su propia naturaleza jurídica, que

---

[4] Rivero Valdés, Orlando (coordinador): *Temas de Derechos Reales*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 73.

[5] Gutiérrez Pila, Osbel; Rodríguez Saif, María Julia; Figueredo Sánchez, Zulia y Moreno, Yojannier: ob. cit.

[6] Ibídem.

[7] Artículo 14: En la República de Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.
También rige el principio de distribución socialista "de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo". La ley establece las regulaciones que garantizan el efectivo cumplimiento de este principio.

no es la de la propiedad privada, sino la de propiedad social, base y esencia del sistema.[8] Lo cual pudiera considerarse contradictorio con todo lo anterior.

En la Constitución vigente, aunque de forma expresa no se haga mención a la función social del derecho de propiedad, es esta una cuestión implícita, a mi juicio, en los Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, recogidos en el Capítulo I del Texto Constitucional y fundamentalmente en la redacción de los artículos del 14 al 27, dedicados a las relaciones de propiedad.

Pensar que porque no se reconozca explícitamente la propiedad privada no reconocemos intrínsecamente desde los fundamentos sociales la teoría de la función social parecería una formulación en negativo por decantación. Mejor es detenernos en pensar a cuál teoría, de las conocidas, nos afiliamos: ¿a la del dominio ilimitado?; ¿a la del dominio dividido?; ¿a la de la función social de la propiedad? ¿Cuál es la teoría socialista de la propiedad?: ¿reconocer formas de propiedad? Y ¿darle la primacía al Estado en el goce, explotación y poder económico y político de la sociedad? La propiedad es derecho y deber para con la sociedad y creo que es lo más justo que ha llegado hasta la actualidad con independencia del sujeto que detente el derecho, goce y explote los bienes.

En este orden, mirando el estatuto constitucional de la propiedad, no desde ella misma sino desde el Código Civil cubano de 1987, especialmente desde su artículo 129.1 que establece: "la propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico",[9] no cabe duda alguna de que esa expresión se aviene a los fundamentos de la teoría de la función social de la propiedad, donde se reconoce el carácter limitado de la propiedad y la obligación de los propietarios de ejercer su derecho conforme a determinadas exigencias y deberes impuestos en la ley en bienestar de la sociedad. Y es esto precisamente lo que distingue los fundamentos del sistema económico cubano, su visión social.

Formas de propiedad. Presupuestos históricos, técnica legislativa, necesidad de reforma

Para Rodríguez Saif[10] la propia esencia socialista de la economía cubana condiciona como característica del sistema la multiplicidad de manifestaciones de la propiedad donde cada una se diferencia por el destino social que tiene en

[8] Gutiérrez Pila, Osbel; Rodríguez Saif, María Julia; Figueredo Sánchez, Zulia y Moreno, Yojannier: ob. cit.

[9] Amén de que dicha expresión legal: *destino socioeconómico*, pueda estar sujeta a numerosas interpretaciones, en las que me detendré después.

[10] Rodríguez Saif, María Julia: "Repercusión de la reforma constitucional en los Derechos de Propiedad y otros Derechos sobre bienes", en Matilla Correa, Andry (coordinador): *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C Julio Fernández Bulté*, Editorial Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca, España, 2009, p. 378.

correspondencia con la función económica que cumple y a quién pertenecen los bienes, si es a una persona natural o jurídica. La pregunta que surge es: ¿esto mismo no ocurre en los sistemas que abiertamente reconocen la propiedad privada y la función social de la propiedad? ¿Ello supone que no puedan generalizarse criterios sobre el contenido del derecho de propiedad? ¿Qué papel tiene entonces el artículo 129.1 del Código civil cubano? ¿En el sistema unitario sin multiplicidad de formas hay un mismo destino socioeconómico?

Sin embargo, la citada autora en el artículo concluye que después de la reforma de la Constitución de la República de Cuba de 1992 "no podemos decir que nos quedan claras cuáles y cuántas formas de propiedad aparecen reconocidas y en tal sentido garantizadas en nuestro ordenamiento jurídico constitucional".[11] Se concuerda con la autora en que no debe ser una lista taxativa de formas de propiedad, pues pudieran quedar sin respaldo constitucional, lo cual requiere ser repensado. Como también hay que repensar la utilización de los conceptos *reconocer* y *garantizar*, pues su alcance y efectos son distintos a los que refiere la autora: el reconocimiento no implica garantía.

Las llamadas por décadas *formas de propiedad*, no son una teoría, son a mi juicio un reconocimiento que hacen los Estados que siguieron el estatuto diseñado para la construcción del socialismo en la Constitución de la URSS de 1936 a otras formas distintas a la Propiedad Estatal que era la que ocupaba un lugar cimero, único, patrimonio común de todo el pueblo soviético. Al cambiar la fisonomía del Estado cambia radicalmente el estatuto constitucional de la propiedad y solo se concibe como la más importante y abarcadora la socialista (patrimonio estatal, de todo el pueblo; la Koljosiana; las cooperativas; los sindicatos y otras organizaciones sociales), la cual subsistía con otra menor y de trascendencia insignificante, que el Estado permitía: la personal de los ciudadanos de la URSS.[12]

En esta misma cuerda se diseñó el estatuto constitucional de la República de Cuba en 1976 y en las subsiguientes reformas se han ido incrementado las formas de propiedad en la medida que el Estado ha ido permitiendo otros sujetos en el trafico económico.

Técnica legislativa y necesidad de las formas de propiedad en la Constitución de la República

- Propende a determinar tipos de bienes y sujetos que pueden ser titulares en propiedad de ellos (sectores sociales y objetos de dominio).
- Enfatiza que en nuestro sistema es la propiedad estatal la más importante. Sin especificar que el suelo sea del Estado, solo el subsuelo.

[11] Ídem, p. 384.

[12] Jalfina, Raisa: *El Derecho de Propiedad del Estado en la URSS*, Editorial Progreso, Moscú, 1981, p. 14.

- Por la propia sistemática al estar situado constitucionalmente en el acápite referido a los fundamentos políticos, económicos y sociales se reconoce implícitamente su función para la sociedad.
- Establece reglas jurídicas no rituales de atribución de bienes y del ejercicio de sus facultades.
- La propiedad social o estatal (porque no hay un claro deslinde) se convierte en privada respecto a algunos bienes con mesura.
- Se mediatiza la propiedad eliminando o tendiendo a eliminar la especulación.
- Se asumen las restricciones, limitaciones y deberes impuestos como fundamento de la construcción de los principios socialistas del orden económico y político dominante.

Si bien el estatuto económico constitucional se erige sobre la propiedad estatal como el baluarte principal del poderío económico de la nación y es esta colectividad organizada la que goza y explota lo bienes fundamentales de producción, por otra parte se refuerza la máxima de que el trabajo es la fuente de riqueza y se reconocen otras formas de propiedad, preceptos que se reproducen en el Código civil.

Así, el Código civil desecha la idea de que el sistema civil patrimonial se erija sobre la base de un concepto central o unitario de la propiedad sobre el cual gravite todo lo demás y vuelve a amparar el eje de la propiedad en la clasificación de las llamadas formas de propiedad. Por su parte el artículo 129.1, cuando con timidez refiere el contenido del derecho, alude a las facultades del propietario, Disposición General del Libro Segundo Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes, haciendo especial referencia a que dichas facultades se ejercen *conforme al destino socioeconómico.*

Esta expresión encierra mucho en sí misma. Algunos como yo han considerado que es un reflejo en su contenido y esencia del reconocimiento de que la propiedad encierra facultades pero también deberes, que el propietario no es el superpoderoso que todo lo puede; la propiedad está en función de la sociedad y esta ha de velar racionalmente por el ejercicio de ese derecho.

Ayer, digo antes de las reformas del año 2011, una de las facultades más discutidas era la disposición por enajenación, y el debate centraba su mirada en la limitación del privado para poder enajenar *intervivos* libremente sus bienes, o si el Estado podía enajenar la propiedad estatal; ello ya fue superado. Hoy están siendo muy discutidos los llamados actos neutros o de la disposición por transformación y por ello la expresión *conforme al destino socioeconómico*, como nunca antes, se coloca en el epicentro del debate jurídico de los derechos del propietario.

La transformación implica la modificación por parte del propietario de la estructura material de la cosa, permitiéndole a su vez la extensión o contracción de su derecho sobre el objeto resultante.[13] Aunque parezca sencillo, no lo

[13] Rivero Valdés, Orlando (coordinador): ob. cit., p 130.

es; y eso se debe no a la complejidad del término en sí mismo, sino al ejercicio de tal facultad esencialmente por la serie de limitaciones que encuentra en el ordenamiento jurídico y más aún por las interpretaciones que puede recibir.

¿Quién determina el destino socioeconómico de un bien? ¿Puede cambiar por voluntad del sujeto que detenta el derecho? ¿El destino es inscribible? ¿Cuáles efectos tiene esa inscripción? ¿Puede un bien inmueble tener dos fines distintos? ¿Incidiría en ello el interés social por encima de otro? ¿Hasta qué punto puede el titular del bien transformarlo, sin que ello implique un cambio de su destino socioeconómico? ¿Es el destino económico para lo que el bien fue creado en sus inicios?[14]

La facultad de disposición por transformación y el destino socioeconómico de la propiedad

El tema es en extremo complejo sobre todo si de propiedad personal inmobiliaria estamos hablando, pues es muy común encontrar que el Estado propietario de un local lo entrega para que alguien lo destine a vivienda, o ha destinado viviendas para locales y oficinas respondiendo así a un interés o fin social, en última instancia.

Conceptos vivienda y local de negocio están hoy en tela de juicio, a la luz de las transformaciones económicas y la presencia de nuevos sujetos económicos como son los cuentapropistas en el escenario jurídico en Cuba. ¿Puede el destino socioeconómico ser el fundamento de la transformación del bien? ¿Esta transformación puede nacer de la voluntad del titular siempre que se cumplan los requisitos de ley?

En un recuento histórico somero, la primera legislación que trató de esclarecer y diferenciar los conceptos de vivienda y local de negocio fue la Ley-Decreto 449 de 1952, en virtud de la aparición de las legislaciones interventoras de los arrendamientos urbanos. Tal distinción se encuentra regulada en los artículos 4 y 5 de dicho cuerpo legal y el mismo tenía por objeto: "regular,

[14] Paradójicamente a lo que se piensa en el análisis del artículo 129 del Código civil cubano ha sido la Teoría de Función Económica Social la encargada de recoger estos aspectos, sosteniendo que el titular de un bien no puede darle al mismo un destino diferente de aquel para el que fue creado, y consecuentemente con ello perjudicar con su uso, disfrute o disposición, al resto de la sociedad. Sin embargo, resulta curioso el carácter prácticamente abstracto de la función social, al menos en la forma en que se utiliza en nuestro Derecho. La función social está más apegada a lo económico que a lo jurídico y en realidad recae sobre el objeto, aunque aparentemente incide sobre el derecho, y es aquel y no este el que debe tener un determinado destino social.

en forma equitativa y en función social de la propiedad, las relaciones jurídicas nacidas de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas".[15]

En aquellos momentos la distinción entre fincas urbanas (eran solo estas a las que se refería la legislación en cuestión) y rústicas ya formaba parte de la terminología jurídica.[16] En este sentido, el artículo 4 trató de ofrecer una definición legislativa de la vivienda: "Bajo la denominación de vivienda, a la que le serán aplicables las correspondientes disposiciones de esta Ley-Decreto queda conceptuada y comprendida la totalidad o parte de cualquier finca urbana en la que, bajo contrato de arrendamiento: a) Habite realmente o tenga su residencia permanente una persona, con o sin familia. b) Se encuentre domiciliada una institución benéfica, piadosa, cultural, de recreo, artística, religiosa, científica, o cualquier otra entidad de naturaleza análoga, que no persiga fines de lucro. c) Radique un centro de actividades profesionales o una oficina en que se administre o dirija un establecimiento industrial o mercantil que ocupe otra finca, con la que no tenga comunicación interior, aunque el arrendamiento o subarrendamiento de ambas sea la misma persona. d) Los establecimientos de enseñanza privada y los centros de actividades sociales. e) Las casas por pisos y las casas de apartamentos. f) Las llamadas ciudadelas o casas de vecindad o de inquilinato.

"Una finca urbana no perderá el concepto de vivienda por la circunstancia de que el arrendatario o subarrendatario de ella, su cónyuge o pariente de uno u otro, hasta el tercer grado de consanguinidad, que con ellos conviva, ejerza en una parte de la vivienda una pequeña industria doméstica, aunque esta sea objeto de tributación, o una profesión, arte u oficio, o una actividad de las comprendidas en el inciso c de este artículo".[17]

En la definición ofrecida por el legislador de dicho cuerpo legal, sobre vivienda urbana, queda claro que la vivienda puede ocupar totalmente o solo una parte de la finca. Requiere que una persona habite realmente y tenga su residencia permanente en ella, pareciendo por tanto que a lo que se refiere es al domicilio y no a la simple residencia.

Es importante señalar en cuanto al acápite b) que si no se cumplen los dos elementos esenciales señalados: se trate de instituciones o entidades y carezca de fines lucrativos, estaremos en presencia de un local de negocio y no de una vivienda. En cuanto al inciso c) comparto el criterio del autor al referir que en realidad debió considerarse un local de negocio y no una vivienda.

---

[15] Alabau Trelles, José Francisco: *El propietario único y la permanencia*, Ed. Selecta Librería O' Reilly 357, La Habana, 1956, p. 21.

[16] En términos generales la distinción entre finca urbana y rústica radica en tres elementos: la situación o ubicación, el aprovechamiento o destino y la preponderancia de los demás elementos que puedan atribuir esa cualidad de rústica o urbana.

[17] Alabau Trelles, José Francisco: ob. cit., p. 26.

Un último aspecto que llama la atención en la redacción del artículo 4 es el último párrafo, debido a que en la actualidad muchos propietarios se encuentran en esta posición al haber transformado parte de sus viviendas en una pequeña industria doméstica o ejercen alguna profesión, arte u oficio, o alguna otra actividad, lo cual no puede servir de fundamento para que se cambie la consideración de vivienda al inmueble o que se considere que no está cumpliendo su función social. En este caso es preciso tener en cuenta que la Ley-Decreto solo la considerará vivienda si la extensión de esa parte del inmueble no es muy superior en comparación con la parte dedicada a vivienda.

En los años 60 en Cuba, la llamada ofensiva revolucionaria eliminó los negocios privados y determinó también en virtud de la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre del 60 y sus complementarias que la persona solo podría ostentar una vivienda de residencia personal y una de veraneo, lo que implícitamente elimina la posibilidad de ser titular dominico de un inmueble construido con un destino distinto al de vivienda, ni se previó, ni remotamente, la autorización de los pequeños emprendimientos que hoy están presentes en nuestra realidad.

Ante tal situación podríamos valorar la acogida nuevamente en nuestra legislación del concepto de local de negocio o edificación con uso distinto al de vivienda, siendo este último el empleado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, de España.[18] La inclusión de alguna de estas categorías en nuestra legislación permitiría inscribir el inmueble según las características predominantes que ostente, erradicando así las dudas sobre el cumplimiento de la función social del bien o destino socioeconómico; lo cual redundará además en beneficio de los trabajadores por cuenta propia, cuya actividad se encuentra constantemente limitada.

Respecto al local de negocio la Ley-Decreto 449 estableció en el último párrafo del artículo 5 que "una finca urbana no perderá su concepto de local de negocio por la circunstancia de que el arrendatario, subarrendatario, su cónyuge o pariente de uno y otro hasta el tercer grado de consanguinidad o personas que trabajen a su servicio, habiten o tengan su residencia, en una parte de ella".[19]

Como podemos apreciar, a tenor de lo establecido en el cuerpo legal, se tratará de vivienda, si la actividad lucrativa está limitada a una pequeña industria doméstica o al ejercicio de una profesión, arte u oficio como veíamos con ante-

[18] La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establece cuál es el régimen jurídico aplicable a las relaciones arrendaticias relativas a las fincas urbanas, diferenciando en su regulación sustantiva entre dos clases de arrendamientos: por una parte, los de vivienda y, por otra, los destinados a cualquier otro uso distinto al de vivienda. Al igual que hacía la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobada por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, esta clasificación se fundamenta según el destino dado a las fincas objeto de arrendamiento, sustituyendo el tradicional binomio *de vivienda-local de negocio*, por el de *vivienda-edificación con uso distinto al de vivienda.*

[19] Alabau Trelles, J. F.: ob. cit., p. 32.

rioridad, o sea, si se trata de una actividad muy personal. Por otro lado, si la actividad lucrativa comprende los casos contemplados en los incisos del artículo cinco, excepto el c), estaremos en presencia de un local de negocio.

Además un elemento importante para distinguir si estamos en presencia de una vivienda o local de negocio sería, según el propio legislador, el destino o aprovechamiento principal que haya dado al inmueble el arrendatario, sea la actividad lucrativa de la vivienda o la circunstancia de habitar o tener la residencia en él. En este sentido la función que predomine será determinante, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la extensión del espacio que se dedique a uno u otro.

A pesar de las diferencias notables que existen entre la época que rigió la normativa analizada, la *ratio* histórico-legislativa inmobiliaria y la actual, constituye una fuente valiosa para una elaboración científica y jurisprudencial de los conceptos desarrollados; y sobre todo constituye una alternativa considerable para aminorar los límites impuestos al derecho de propiedad, principalmente por la función social. Consecuentemente, sería oportuno retomar el concepto de local de negocio en nuestra legislación, permitiendo atemperar los cambios que se están produciendo en nuestra sociedad al ordenamiento jurídico cubano.

Conclusiones

Los fundamentos progresistas que llevaron a los teóricos a diseñar la teoría de la función social de la propiedad no están desdibujados en nuestra sociedad, sino por el contrario en ella dicho concepto alcanza una mayor intensidad debido a la característica fundamental del predominio de la propiedad social sobre los medios de producción, para cumplir el principio de satisfacer las necesidades cada vez más crecientes de la sociedad, según el propio texto constitucional, lo cual necesariamente lleva implícita la función social de la propiedad.

Ciertamente los presupuestos teóricos para analizar el alcance, contenido y efectos de la expresión legal *conforme a su destino socioeconómico* deben residir en:

- Voluntad relativa del titular.
- Autorización legal.
- En materia inmobiliaria tener en cuenta la superficie según el uso.
- Permitir el ejercicio de la facultad de transformación.
- En ningún caso, ante la indeterminación legal, puede ser considerado y respetado invariablemente el destino del bien, a aquel que dio lugar a su creación.
- Ampliar los conceptos inmobiliarios urbanos edificados y diferenciar la vivienda del local.
- La determinación del contenido esencial, sobre la base de la autonomía privada, no es un enemigo del régimen económico social vigente.

- El cambio del fin no es perjudicial al uso o disfrute del bien, ni a la sociedad.
- El cambio de uso es reversible, en correspondencia con el contenido económico del derecho.
- En cumplimiento del propio artículo 129.1 del Código civil cubano, no puede estar reservado a determinados titulares, en correspondencia con las formas de propiedad reconocidas en la Constitución y en el Código civil, el ejercicio de la transformación del uso.
- Todos los titulares sin excepción pueden ejercer la transformación en respeto a los límites intrínsecos o extrínsecos que la sociedad determine.
- La publicidad registral inmobiliaria no puede ser un límite a la variación del uso. El destino no debe inscribirse.

Seguro y solidarización: la frontera entre lo público y lo privado

Ernesto Tzirulnik*

Inicialmente, agradezco, en las personas de los Profesores Andry Matilla Correa, Walber de Moura Agra y Bruno Cavalcanti la invitación para compartir con Uds. la oportunidad de este I Simposio Cubano-Brasileño de Derecho Público y una vez más estar en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Cuba me ha sido siempre muy generosa. No solo por coincidencia soy un Ernesto nacido en 1959. La homonimia con mi abuelo materno, decía mi papá, un inmigrante ucraniano judío que en sus primeros pasos ha sido sociólogo y periodista, ha proporcionado doble causa.

Después, Cuba fue mi primer destino internacional cuando siendo estudiante de derecho Brasil vivía una dictadura militar y teníamos como reto luchar por una sociedad libre, justa y solidaria.

Cuba también ha ofrecido un verdadero hogar a una de mis hijas, que estudió en la Facultad de Cine de San Antonio de los Baños.

En 2007 Cuba me proporcionó un viaje inolvidable con mi principal compañero de lucha por un derecho democrático de seguro, el hermano muy querido, Flávio Queiroz, tío y compañero de bufete del profesor Bruno Cavalcanti, que si no puede estar físicamente con nosotros, felizmente nos dejó magnificas memorias y muchos amigos sucesores.

Flavio y yo, en esa oportunidad, participamos de un congreso de derecho contractual y nos aproximamos al profesor Alejandro Vigil, que hizo el contacto, y al profesor Pérez Gallardo, que dirigía el congreso, haciendo nacer más un vínculo académico y de amistad que espero sea expansivo, como es prueba este simposio, y que nunca se apague.

Inmerecidamente, en 2011, me han proporcionado el honor de ser corresponsable de la *Sociedad de Derecho Económico y Financiero de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, calificación que ostento siempre que publico algo.*

Espero, en la medida de lo posible, no decepcionarlos.

* Presidente del Instituto Brasileño de Derecho de Seguro (IBDS).

Por favor considérenme un simple alumno-expositor, pues mi área de trabajo y pesquisa es el derecho de seguro, un microcosmos comparado con el objeto de investigación de los demás profesores. Además, soy un empírico del derecho, con ocasionales experiencias docentes, y no un verdadero académico y profesor.

El tema que me han confiado los organizadores de este simposio, que une aún más a Cuba y Brasil, es "Seguro y solidarización: la frontera entre lo público y lo privado". El título de la ponencia define su objeto.

Como es evidente, el *accidente* ya no es identificado como obra de la divinidad o providencia, ni del destino o acaso. El accidente también ya no es primordialmente el resultado de los conflictos entre los hombres, ni un problema que surge para los hombres ante los hechos de la naturaleza.

El *accidente* está añadido al desarrollo social, económico y tecnológico.

Los accidentes son hechos normales y relevantes en la sociedad contemporánea. Se desarrollan con el desarrollo.

La teoría jurídica de la responsabilidad que evolucionó de la pena privada, pasando por la transacción, por la responsabilidad aquiliana, por la culpa presumida, hasta llegar a la responsabilidad objetiva; esa teoría que pasó del derecho de la responsabilidad al derecho de daños, no logra solucionar la escala social de los accidentes.

Los capitales o economías individuales ya no bastan para enfrentarlos y el derecho no tiene cómo dar respuesta simplemente con la atribución de responsabilidad a los individuos y a las sociedades empresariales.

El instituto de la responsabilidad identifica y condena, pero no soluciona. La condenación a indemnizar tiene eficacia indemnizatoria muy rara y limitada. Transforma, muchas veces, al responsable en una víctima más.

El *riesgo* o posibilidad de ocurrir un accidente ya es calculable. Hay ciencias que permiten conocer la dimensión cuantitativa de las posibilidades y de los efectos de los accidentes. Son la actuaria y la estadística.

Su enfrentamiento, el del riesgo, es necesariamente colectivo. La técnica económica que permite este enfrentamiento comunitario es la solidarización económica a través del seguro. Sea público, sea privado.

El seguro reúne capitales que permiten la formación del monto necesario para atribuir garantía a la colectividad, de que sus integrantes, en caso de siniestro, serán indemnizados. "Uno para todos, todos para uno" o "unidos venceremos".

De ese modo, estimula la audacia de los emprendedores, rumbo al desarrollo de las actividades y tecnologías; sin el seguro, nadie se arriesgaría a muchas experiencias y todos tendrían que soportar individualmente el riesgo de accidentes, constriñendo sus capacidades.

El seguro, en fin, solidariza la sociedad, (i) permitiendo recomponerse de los efectos de los accidentes y (ii) atribuyendo elasticidad a la audacia emprendedora, de modo de promover el desarrollo. El seguro, además de esos resultados, también produce significativo ahorro de capitales.

Como indica el tema que nos han confiado, la solidaridad social es la funcionalidad perseguida por el seguro. Pero, ¿cómo identificar lo que el seguro tiene de colectivo o público, y de privado, y cómo ajustar las fronteras entre estos distintos intereses?

Hay muchas maneras de afrontar la cuestión.

No me voy a alargar mucho; el tiempo es poco y el tema muy amplio.

Antes, hago un paréntesis.

Después de casi treinta años de experiencia, inicialmente como gestor del departamento legal de una aseguradora; después como abogado de aseguradoras, reaseguradoras, corredores de seguros y reaseguros; terminé finalmente como abogado de asegurados; al contrario de continuar mis estudios de postgrado en derecho comercial o civil, opté por desarrollarlos en la cátedra de Derecho Económico y Financiero. Mi tesis tiene el título "Seguro de riesgos de ingeniería: instrumento para el desarrollo".

Como mencionaré adelante, también luchamos para excluir la disciplina legal del seguro del Código Civil y evitar que sea incorporada al proyecto de Código Comercial.

Seguimos, de cierto modo, lo que recomienda François Ewald: "Nuestra época requiere un derecho de prudencia, capaz de pensar según las reglas del juego de su propia transformación, un derecho oportunista, un derecho cuya virtud estará menos en la explicación rigurosa de los principios que en la inteligencia del político".[1]

Como enseña Bahia, la función creadora que la interpretación jurídica, ejercida individualmente, promueve con base en principios, especialmente el poder judicial, con el pretexto de privilegiar la colectividad en detrimento del individuo, amenaza conducir a un tipo de "supremacía del público sobre el privado, que de modo contumaz se revela como un 'pseudopúblico' de algún agente que lo privatiza en favor de determinados intereses privados (privilegiados)".[2]

Contra las ideas de casi cien años de que no está sujeto a carencia de cobertura el suicidio no intencional en el seguro de vida, han sido exitosos los esfuerzos de la federación de aseguradoras de vida, y el Tribunal Superior de Justicia de Brasil acabó por firmar una orientación en el sentido de que el suicidio no intencional está sujeto a carencia de dos años. El argumento más contundente utilizado por uno de los Ministros, que tuvo como experiencia la dirección jurídica de bancos y aseguradoras, ha sido de que al pagar los capitales en caso de suicidio, sin carencia, el monto colectivo del interés de la colectividad de asegurados y la propia solvencia de las aseguradoras son severamente amenazados. Gran parte de los Ministros de la Corte se impresionó con el argumento,

---

[1] Ewald, François: *L' Etat Providence*, Ed. Grasset, París, 1986, p. 603.

[2] Bahia, Alexandre: *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*, Ed. Juruá, Curitiba, 2009.

probablemente preocupados en "proteger el interés de la colectividad y el público". La más grande aseguradora de vida de Brasil, sin embargo, tuvo solamente treinta suicidios.

Como resultado, quedan sin cobertura, o dependerán de la clemencia de las aseguradoras por dos años los suicidios no planificados, como el que cometió un bombero después de no haber soportado el hecho de optar por su propia vida y no salvar la de un niño, y también los cometidos para la defesa de la propia vida, como es el caso de la persona que, para evadirse de un incendio, salta del edificio provocando su propia muerte.

Es un ejemplo de los males que son producidos bajo pretexto de proteger el bien común, cuando se deja al saber de los individuos el manejo puro y simple de los principios.

Volviendo al tema, en el sentido del seguro, el riesgo es calculable y colectivo. El seguro es el instrumento que la colectividad tiene para promover la indemnización de las víctimas, proteger los patrimonios de los responsables y evolucionar las técnicas de prevención.

Como decía Shakespeare, "Me quitan la vida al quitarme los medios que me permiten vivir". La indagación "descartiana" es falsa. No se trata de saber si existimos o no existimos, sino de si nos es posible seguir existiendo.

Cómo concebir el seguro y, por ende, su derecho, es cuestión puramente ideológica. Optamos por hablar del sujeto corporal, viviente, en oposición clara al sujeto metafísico de Descartes, el sujeto del liberalismo que, como Harry Potter, pretendidamente transforma la ley en igual para todos.

El seguro amplía la libertad de las personas, sean físicas o morales. Él permite que todos sean protegidos en nuestra existencia material y une a todos en la lucha contra el accidente.

Una sociedad sin seguro es, como ya se dice, un pájaro sin alas.

Para las sociedades subdesarrolladas, es aún más relevante la solidaridad social y económica, por tanto, el seguro.

Desde la acumulación de capitales para promover la indemnización de las masas, especialmente las más carentes, hasta el enfrentamiento de los riesgos inherentes a las obras de infraestructura y de los siniestros que por cierto sucederán, el seguro es el principal instrumento.

Estado, empresas, trabajadores, inversores, todos tienen riesgos que necesitan ser protegidos.

Por ese motivo, muchas cartas constitucionales establecen que el Estado tiene por objetivo fundamental la construcción de una sociedad, libre, justa y solidaria (art. 3º, inc. I, de la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil, de 1988).

Ocurre que, en la realidad, la explotación del negocio de seguro tiende a privilegiar el resultado de la empresa, sea pública, sea privada, y, por tanto, (i) pone en plan la búsqueda de la máxima ampliación de la masa de asegurados, adoptando políticas de suscripción de riesgos restrictivas o discriminatorias,

(ii) exagera la rentabilidad de las aseguradoras mediante el cobro de primas desproporcionales y la compresión de los contenidos contractuales; (iii) promueve el enriquecimiento injustificado o exagerado de terceros, pagando remuneraciones elevadas a los agentes, comisiones desproporcionales a los corredores y otros canales de venta, distribuyendo elevadas sumas a instituciones destinadas a formar mano de obra para las aseguradoras, como suelen ser las escuelas técnicas de seguro, y(iv) deja de luchar por la retención de primas en el país, posibilitando la evasión innecesaria de divisas.

Esos comportamientos, que muchas veces el jurista mira bajo ángulos individuales y no se percata de que existan, confirmando así su conformidad con el derecho, suelen ser objeto de normas administrativas y fiscalización por las superintendencias de seguros u otros órganos, en general vinculados a los ministerios o secretarías de hacienda.

Los organismos estatales y agencias reguladoras, sin embargo, están sujetos a la captura ideológica, cuando no por corrupción. La convivencia entre los órganos estatales y las empresas de seguro y sus auxiliares, como agentes y corredores, es muy constante y tiende a formar a sus funcionarios según una visión más conveniente para las aseguradoras, donde muchos de esos funcionarios buscarán empleos en el futuro.

No es diferente con los técnicos (actuarios, ajustadores, consultores y peritos), con los juristas (jueces, profesores de derecho y abogados), y los altos funcionarios estatales.

¿Quién es el cliente del cual dependen los técnicos? ¿Quién demanda habitualmente dictámenes de los juristas? ¿Quién contrata abogados ilustres para el patrocinio de tantos juicios? ¿Quién promueve seminarios y patrocina la edición de obras jurídicas y técnicas de seguro? ¿Quién organiza seminarios y congresos en agradables hoteles de playa, campo y montaña para los jueces, muchas veces invitando también sus familias? ¿Quién tiene citas constantes con las autoridades financieras?

Obviamente no serán los asegurados. Es natural que esas actividades sean proporcionadas por las aseguradoras y reaseguradoras. Así se forman y validan entendimientos, interpretaciones y normas tendientes a ser más favorables para las aseguradoras que, en general, (i) tornan lícitos comportamientos que reducen la libertad de los consumidores, asegurados y beneficiarios; (ii) reducen las masas posibles de ser admitidas en la solidarización por medio del seguro; (iii) disminuyen los contenidos o coberturas de seguro y (iv) transfieren para el exterior la formulación conceptual de las pólizas, los ajustes de siniestro y hasta incluso la jurisdicción estatal a través de compromisos de arbitraje que alienan y destierran las soluciones de los conflictos.

La fragmentación metafísica del esquema de pensamiento liberal permite –y direcciona– que las empresas, y también las de seguros, desarrollen una acción fragmentaria y una especie de cálculo del pirata. Cuando el colonizador español saca la plata de Potosí, lleva en contra el aporte para instalación de las minas,

refinación del mineral, el costo mínimo del trabajo esclavo indígena, la pérdidas de vidas humanas; no considera la destrucción de una civilización indígena que tiene su vida material organizada, ni la pérdida de vidas. Así también están calculando las aseguradoras, cuando en Brasil, en los años noventa, pasan a adoptar como standard de "producto" el seguro automóvil de perfil, que les permite seleccionar un nicho de consumidores más rentable argumentando que cada uno está pagando según su propio riesgo y no soportando el coste más agravado de los que no tienen el mismo perfil de riesgo. Las empresas de seguro pasan sobre, y no utilizan como elemento de cálculo, el hecho de que están reduciendo la base asegurada, que con el seguro automóvil se compran los de responsabilidad civil por accidentes de tránsito y que esto es del interés de la comunidad para que sea horizontal y verticalmente protegida; ni toman en cuenta que parte sustancial de la colectividad quedará sin seguro y que la teoría jurídica que se había construido, según la cual el seguro es *ad rem*, siendo transferido sin costes con la simple venta del automóvil, se va a pique. Asimismo, no consideran que su política es una política de discriminación social, anticonstitucional.

¿Cómo mejor garantizar, entonces, los dispares intereses y evitar el apartamiento entre los objetivos de las empresas de seguro y sus auxiliares, y la funcionalidad social del seguro según el reto constitucional?

Parece que los Estados nacionales, incluso los comunitarios europeos que tienden a la uniformización o compatibilización de sus ordenamientos privados, confían el reto no solamente a órganos normativos y de supervisión, sino fundamentalmente a leyes de control de la actividad aseguradora de leyes de contrato de seguro.

La reducción de los instrumentos de Estado, la agravación de la posibilidad de captura de las agencias de regulación y supervisión y el creciente decaimiento de la intervención estatal en la economía, como de forma tónica sucedió en Brasil en 2007 y 2008 con la quiebra del monopolio estatal del reaseguro, reforzó la importancia de las leyes de contrato.

En las dos últimas décadas, con efecto, se sucedieron innúmeras nuevas leyes de contrato de seguro. Apenas para ilustrar, Venezuela en 2001, Suiza y Serbia en 2004, Italia en 2005, Dinamarca en 2006, Alemania en 2008, Cuba en 2009, Perú y Turquía en 2012, Chile y México en 2013, Albania y Bélgica en 2014, Inglaterra en 2015.

Brasil lucha por su ley de contrato de seguro desde 2004, cuando fue presentado al Congreso de la Nación el primer proyecto de ley de contrato de seguro de la historia del país por el entonces diputado y hoy Ministro de Justicia José Eduardo Martins Cardozo. Ese proyecto tramita desde entonces y ha sido confirmado por sucesivas propuestas legislativas, prácticamente idénticas, en la Cámara de los Diputados y en el Senado. Es probable que muy pronto sea editada nuestra ley.

Les mostraré apenas algunos de los dispositivos que ilustran cómo se persigue la protección de la funcionalidad pública del seguro:

Vinculación del negocio privado a los objetivos constitucionales

Art. 1º. A atividade seguradora será exercida de modo que se viabilizem os objetivos da República, os fins da ordem econômica e a plena capacidade do mercado interno, nos termos dos artigos 3º, 170 e 219 da Constituição Federal de 1988.

La actividad aseguradora será ejercida de modo que sean viabilizados los objetivos de la República, los fines del ordenamiento económico y la plena capacidad del mercado interno, en los términos de los artículos 3º, 170 y 219 de la Constitución Federal.

Art. 2º. Consideram-se integrantes da atividade seguradora, além dos contratos de seguro, também os contratos necessários à sua plena viabilidade, como o resseguro e a retrocessão.

Son considerados integrantes de la actividad aseguradora, además de los contratos de seguro, los demás necesarios para su plena viabilidad, como el reaseguro y la retrocesión.

Art. 3º. São consideradas instrumentais à atividade seguradora as corretagens de seguros e resseguros, submetidas, no que couber, às determinações da presente lei.

Son considerados instrumentales a la atividad aseguradora las intermediaciones de corredores de seguros y reaseguros, sometidas, en lo que es adecuado, a las determinaciones de esta ley.

Art. 4º. As reservas e provisões advindas dos pagamentos de prêmios são consideradas patrimônio sob gestão dos que exercem a atividade econômica seguradora.

Las reservas y provisiones formadas con las primas son consideradas patrimonio bajo gestión de las aseguradoras.

Art. 5º. Todos os atos praticados no exercício da atividade seguradora serão interpretados em conformidade com o disposto no artigo 1º da presente Lei.

Todos los actos praticados en el ejercicio de la atividad aseguradora serán interpretados en conformidade con lo previsto en el artículo 1º de esta ley.

Ley brasileña y arbitraje

Art. 9º. O contrato de seguro, em suas distintas modalidades, será regido pela presente lei.

§1º Aplica-se exclusivamente a lei brasileira:

I. a os contratos de seguro celebrados por seguradora autorizada a operar no Brasil;
II. quando o segurado ou o proponente tiver residência ou domicílio no país;

III. quando no Brasil situarem-se os bens sobre os quais recaem os interesses garantidos
ou
IV. sempre que os interesses garantidos recaiam sobre obras consideradas relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira.

Art. 66. A resolução de litígios por meios alternativos não será pactuada por adesão a cláusulas e condições predispostas, exigindo instrumento assinado pelas partes, e será feita no Brasil, submetida ao procedimento e às regras do direito brasileiro.

Paragrafo único. É obrigatória a divulgação dos resumos dos conflitos, sem identificações particulares, e das decisões respectivas em repositório administrado pelo órgão fiscalizador ou por entidade de reconhecida utilidade pública dedicada à proteção dos interesses dos segurados e beneficiários de seguro ou consumidores em geral.

Eticidad y transparencia

Art. 46. Pelo exercício de sua atividade o corretor de seguro fará jus a comissões de corretagem.

§ 1º As comissões pagas aos corretores de seguro deverão ser informadas com destaque aos segurados e beneficiários nas propostas de adesão, questionários e demais documentos do contrato.

§ 2º O corretor de seguro não pode participar dos resultados obtidos pela seguradora.

(...)

§4º As comissões pela intermediação somente poderão ser pagas pela seguradora quando a participação do intermediário puder conter as atribuições previstas no parágrafo único do artigo 44.

Art. 85. O regulador e o liquidante de sinistro atuam à conta da seguradora.

Parágrafo único. É vedada a fixação da remuneração do regulador, do liquidante, dos peritos, inspetores e demais auxiliares, com base na economia proporcionada à seguradora.

Responsabilización y efectividad

Art. 83 (...)

Parágrafo único. Apurada a existência de sinistro e de quantias parciais devidas ao segurado ou beneficiário, a seguradora deve adequar suas provisões e efetuar, em no máximo trinta (30) dias, adiantamentos por conta do pagamento final ao segurado ou beneficiário.

Art. 84. O regulador e o liquidante do sinistro devem prontamente informar à seguradora as quantias apuradas a fim de que possam ser efetuados os pagamentos devidos ao segurado ou beneficiário.

Parágrafo único. O descumprimento dessa obrigação acarreta a responsabilidade solidária do regulador e do liquidante pelosdanos decorrentes da demora.

Política contra la discriminación

Art. 55. Recebida a proposta, a seguradora terá o prazo máximo de quinze (15) dias para cientificar sua recusa ao proponente, findo o qual será considerada aceita.

§ 7º Os critérios comerciais e técnicos de subscrição ou aceitação de riscos devem promover a solidarização e o desenvolvimento econômico e social, sendo vedadas políticas técnicas e comerciais conducentes à discriminação social ou prejudiciais à livre iniciativa empresarial.

Continuidad de la protección

Art. 57. Nos seguros com previsão de renovação automática, a seguradora deverá, em até trinta (30) dias antes de seu término, cientificar o contratante de sua decisão de não renovar ou das eventuais modificações que pretenda fazer para a renovação.

§ 3º O seguro destinado a garantir interesses que recaiam sobre obras consideradas relevantes para o desenvolvimento da infraestrutura brasileira ou sobre empreendimentos cuja garantia não possa ser interrompida será prorrogado até sua conclusão, ressalvado o direito da seguradora à diferença de prêmio proporcional ao aumento do tempo do contrato durante em razão da prorrogação.

Los seguros obligatorios. La visión social desde la impronta del derecho público

Alejandro Vigil Iduate*

"¿Para qué, si no para poner paz entre los hombres,
han de ser los adelantos de la ciencia?"

José Martí, *Obras Completas*, t. 5.

Fundamentación teórica de los seguros obligatorios

En los seguros obligatorios se impone la voluntad estatal que ataca la libertad contractual, en una especie de contrato forzoso, pues no existe consentimiento y sí acatamiento, con autores que valoran la inexistencia del contrato al no existir voluntad de obligarse, y aunque para su nacimiento la cobertura se otorga por el legislador, "la relación jurídica entre el asegurador y el asegurado requiere, para su nacimiento, de algún hecho que permita justificar su existencia".[1] Por su carácter impuesto, ha merecido ser definido como un "sistema jurídico asegurativo, tendiente a satisfacer las Políticas Sociales de protección de las víctimas".[2] Incluso, en algunos casos, la no suscripción del seguro no impide que el afectado reciba los beneficios.

Por sus características, en los mismos se encuentran bien definidos los términos, lo que permite a Rapa Álvarez[3] valorar que "en los seguros obligatorios no caben discusiones en lo que respecta a la amplitud de la cobertura o a las condiciones del seguro, porque las relaciones entre las partes se rigen por la ley, y no existe lugar para riesgos selectivos, ni la posibilidad de aumentar o restringir por contrato el tiempo durante el cual se extenderá el seguro. Este, por otro lado, no puede extinguirse por falta de pago de las primas, como sucede con los seguros voluntarios".

---

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

1 Rapa Álvarez, Vicente: *Manual de Obligaciones y Contratos*, 2da. ed., t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 229.

2 *Cfr.* A. R. Sobrino, Waldo: en http://www.estudio-sobrino.com

3 Rapa Álvarez, Vicente: ob. cit., p. 229.

Por lo general, los seguros obligatorios son seguros de responsabilidad civil, y aunque no todos tienen esta connotación, merece detenernos en el análisis de estos.

Los seguros de responsabilidad proveen los fondos necesarios para indemnizar a los perjudicados, salvando el dilema que se presentaría caso de que el responsable del daño no tuviera los fondos necesarios. El seguro obligatorio, como variante de los seguros de responsabilidad, no se dirige a proteger a potenciales causantes que no dispongan de los recursos, lo que, al entendido de Díaz-Granados,[4] "es económica y socialmente útil, puesto que en caso de realización del riesgo previsto en el contrato, la carga, frecuentemente muy onerosa, será soportada por el asegurador en contrapartida de la prima pagada por el tomador. En otros términos, la previsión del Estado suple la eventual imprevisión de aquellos que se encuentran sometidos a la realización del riesgo".

Hoy se habla de la crisis de la responsabilidad civil, al revisarse los postulados clásicos de la tendencia a la supresión de los distingos entre responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que el cuestionamiento acerca del valor de la culpa como criterio de responsabilidad en la sociedad moderna. Aparecen cuestionamientos a ciertos principios que se tenían como incuestionables, pues prácticamente todos los ingredientes o elementos de la responsabilidad civil, experimentan alguna novedad, empezando por la determinación del sujeto pasivo del daño, hasta llegar a la forma de su reparación, pasando por la valoración del elemento *relación de causalidad*. Crisis que ha motivado un cambio en la función del seguro de responsabilidad civil, donde en un principio se consideraba que lo importante era indemnizar al asegurado, pasándose luego a la posición de reparar los daños del perjudicado. En la actualidad se habla de un criterio totalmente nuevo: la protección del perjudicado, y sostén de ello, la función social.

Para el caso de los que no son de responsabilidad, actúa el estado en el interés de que el causante o beneficiario contribuya a los fondos para la indemnización o el servicio que el mismo podría recibir.

Lo dispuesto en la ley cubana

En Cuba los seguros obligatorios son hoy dispuestos en el Decreto Ley No. 263, "Del contrato de seguro",[5] se dispone el imperativo de su creación mediante la Ley, y que el propio cuerpo legal de manera accesoria dicta sobre

[4] Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel: *El seguro de responsabilidad*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 471.

[5] Firmado con fecha 23.12.2008, y publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria No. 5, de fecha 26.01.2009, entró en vigor a los treinta días de su publicación.

el mismo.[6] Anteriormente fueron regulados en el Código Civil de 1989 en su artículo 449.2, artículo derogado por el Decreto Ley en cuestión, y no aparecen consignados en el Código de Comercio de 1885, lo cual es entendible atendiendo a la época de su promulgación.

Aparentemente no hay cambios entre lo preceptuado en la norma civil y lo dispuesto por el Decreto Ley, solo una simple letra inicial mayúscula, "ley" por "Ley", con implicaciones en franca discusión en cuanto al carácter formal y no material de la norma.

Las normas sociales y los riesgos

El hombre organiza la vida en la comunidad, dicta normas de convivencia que resultan de imperativo cumplimiento. En un principio fueron normas sociales, y al crearse el Estado como organización, para mantenerlo se precisaba de leyes, las normas jurídicas, que constituyen "el medio más eficaz y rápido para obtener de los seres humanos un comportamiento mínimamente compatible con una vida social que tenga en vista el mejoramiento de la sociedad y de los hombres que la forman y la creación de un ambiente que redunde en el bienestar de todos".[7]

En el mejoramiento constante de la sociedad se producen daños, tanto a propios como a terceros, y para enfrentar el componente económico "el derecho ha visto que la responsabilidad civil es el instrumento más adecuado para conservar el equilibrio entre los intereses jurídicamente tutelados de las personas frente a la problemática que se genera por las acciones y omisiones recíprocas".[8]

La complejidad de la vida actual ocasiona que se nucleen a nuestro alrededor un considerable número de riesgos, de tal naturaleza que la *sociedad de riesgo global*[9] amenaza su propia existencia, entendiendo que "los peligros que forman parte de los hábitos normales de consumo (…) se exteriorizan como síntomas solo después que se combinan para formar una masa crítica",[10] para

---

[6] Artículo No. 3 del Decreto-Ley No. 263, "El seguro obligatorio se rige por las disposiciones de la Ley que lo crea y, supletoriamente, por las que se establecen en este Decreto – Ley".

[7] Novoa Monreal, Eduardo: *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada. ¿El derecho como factor de cambio social?*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 8.

[8] Londoño González, J. Ernesto: "Sociedad, conductores y vehículos. Riesgo social y responsabilidad", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, año 17, No. 29, julio-diciembre, 2008, p. 33.

[9] Expresión y teoría expuesta en 1998 por el alemán Ulrich Beck, sociólogo, filósofo, psicólogo, docente y político.

[10] Beck, Ulrich: "Irresponsabilidad organizada, poder y riesgo", en www.iigov.org, consultado: 6 enero 2011.

lo cual, y como solución, "solo queda propugnar por una utópica modernidad responsable, o segunda modernidad".[11]

Ampliando el espectro, y partiendo de que "la probabilidad de daños y pérdidas, es un concepto fundamental que supone la existencia de dos factores: amenazas y vulnerabilidades",[12] se defiende la teoría de *amenazas globales sociales*,[13] como "una serie de eventos físicos que afectan las ciudades, que, aunque aparentemente naturales, son creados por la intervención humana",[14] enumerándose las amenazas naturales, sociales, tecnológicas y sociales.

Al riesgo se enfrenta el hombre con la investigación en la búsqueda de nuevos espacios, en el reto de romper la barrera del conocimiento, utilizando la ciencia y la tecnología, que "son procesos sociales profundamente marcados por la civilización donde han crecido; el desarrollo científico y tecnológico requiere de una estimación cuidadosa de sus fuerzas motrices e impactos".[15]

Vivimos una sociedad de riesgos. El desarrollo acelerado de la ciencia y la técnica ha trasladado al entorno social los riesgos ajenos a nuestra propia existencia, quedando el hombre, como ser social, pendiente de los sucesos que a su alrededor se mueven, muchos de ellos sin control para quien los recibe. Ejemplos sobran: un peatón inocente al que un conductor ebrio o inexperto le ocasiona lesiones y hasta la muerte, un titular de un auto estacionado correctamente que es impactado sin aparente motivo, un dueño de una vivienda o finca sobre la que se proyecta un objeto volador (avión, globo, cohete, satélite, etcétera), un consumidor de un producto que en el acto de su utilización explota ocasionándole daños, un sencillo campesino que recibe lesiones de un cazador que en su afán de atrapar la presa no limita el alcance de su arma; la lista es infinita, pero para contrarrestar esos efectos, o al menos, para sufragar los gastos y daños ocasionados, el poder público emite normas de obligatorio cumplimiento, encaminadas a que se indemnice a quien recibió el daño.

Las normas varían en un espectro desde las de control, ya sea para que el producto o servicio cuente con los estándares de calidad y seguridad necesarios; las normas de defensa del consumidor, para que se proteja al mismo de productos deficientes; llegando a los seguros obligatorios, la mayoría de ellos con un basamento de responsabilidad por los daños ocasionados. Incluso, en

---

[11] Beck, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*, Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

[12] Lungo, Mario: *Riesgos urbanos* (compilación), Itsmo Editores, 2002, pp. 17-28, *cit pos* Londoño González, J. Ernesto: "Sociedad, conductores y vehículos. Riesgo social y responsabilidad", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, año 17, No. 29, julio-diciembre, 2008, p. 34.

[13] Teoría desarrollada por el británico Allan Michael Lavell, Máster y PhD en Geografía Económica de la Universidad de Londres, y coordinador de las más importantes investigaciones sobre desastres en las diversas regiones de América Latina.

[14] Lungo, Mario: ob. cit.

[15] Núñez Jover, Jorge y Francisco Figueredo Curiel: "CTS en contexto: la construcción social de una tradición académica", versión digital, s/f.

algunas legislaciones, la no suscripción del seguro no impide que el afectado reciba los beneficios.

El seguro de responsabilidad civil, en su vertiente obligatoria, se impuso en la vorágine evolutiva científica. En los sistemas de transporte es donde encuentra su terreno propicio, consentido y favorecido por ser el campo en que domina el principio del riesgo creado y de la responsabilidad sin culpa, al menos en su forma atenuada de responsabilidad por culpa presunta. En 1825 la sociedad *Automedom* de París asegura por primera vez, por vía accesoria del seguro contra los accidentes, a los propietarios de caballos y carruajes, contra la responsabilidad civil que se deriva de su uso o de su simple propiedad. Antes, el 23 de agosto de 1821, se había creado una caja para hacer frente a los accidentes causados por los caballos y vehículos, cuya validez confirmó el Tribunal de Comercio del Sena en 1844. Más adelante, en 1861, nace el seguro de la responsabilidad derivada de los riesgos de la industria, en forma de seguro de los accidentes, y contra la responsabilidad civil.

En Cuba uno de los primeros pasos que se conoce es una moción presentada por Domínguez Roldán en el Ayuntamiento de la Habana,[16] y aprobada sin reparos, en la que se pretende la implantación del seguro de accidentes para los obreros, en forma obligatoria y con la intervención y auxilio del Municipio. Con ella, se considera establecido el seguro de accidentes, obligatorio para los obreros, aunque restringido en el territorio municipal. La moción no aconseja la adopción de un sistema determinado, sino que lo único que desea ver es que se dé el primer paso, que en realidad adoleció de serias deficiencias que impidieron que tan novedosa idea se pusiera en práctica, pero sentó las bases para el futuro.

La consagración definitiva de la teoría del riesgo, según la cual se presume responsable al dueño de las cosas por los daños que con ellas se ocasionan, posibilita el origen del seguro de automóviles, deslindado del seguro contra los incendios o contra los accidentes que era al principio. Hoy, el seguro automotor se ha convertido en ramo principal y autónomo, uno de los más practicados del seguro.

Los pasos dados por el legislador, en muchos casos, orientándose hacia las modernas teorías, permiten a Halperin definir que "las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro",[17] y ello aumenta con los seguros obligatorios, lo que motivó a Sánchez Calero a expresar que "la preocupación que ha dominado la política legislativa y las resoluciones judiciales de proteger de forma creciente a los perjudicados por las actividades peligrosas, ha propiciado la obligatoriedad del aseguramiento de los responsables".[18]

---

[16] *Revista de seguros* (nota editorial), año 1, No. 3, pp. 8-10, 10 de agosto de 1911.

[17] Halperin, Isaac: *Seguros (Exposición crítica de las Leyes 17.418 y 20.091)*, actualizado por Juan Carlos Félix Morandi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. IX del Prólogo.

[18] Sánchez Calero, *cit. pos* Tzirulnik, Ernesto: "El futuro del seguro de responsabilidad civil", Ponencia para el *VI Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros – CILA 2000*,

Necesidad de reformular el seguro de responsabilidad civil obligatorio en Cuba en aras de cumplir con la función social reclamada

En Cuba se presenta la obligación de suscribir un contrato de seguro como requisito para la realización de determinada actividad, entiéndase, ser porteador privado; para obtener una matrícula (chapa) diplomática, consular o exenta, en razón de ocupar tal rango en el país; y para la realización de los servicios marítimo-portuarios.

Como seguros obligatorios se identifica el seguro ambiental, el seguro contra incendios, siendo ambos de responsabilidad en su actuar. En fecha reciente se comenzó a aplicar el seguro obligatorio de gastos médicos para los cubanos residentes en el extranjero, y para los extranjeros que arriben a nuestro país.

Se confunde la obligatoriedad de suscribir un seguro con los seguros obligatorios, cuando en el primer grupo se trata de exigencias administrativas que demandan la previa contratación de una póliza para poder desempeñar una actividad específica, definido por la doctrina como seguros de suscripción obligatoria, y los seguros obligatorios son altamente regulados por el Estado.[19]

En nuestros regímenes asegurativos obligatorios,[20] salvo el reciente seguro de gastos médicos para los extranjeros residentes en el país y los turistas, los restantes son seguros de responsabilidad.

Entendemos que corresponde cumplir el seguro ambiental que claramente se define por ley, o en su lugar derogarlo, pues no se debe mantener el limbo actual; dejar sin efecto el seguro de incendio o hacerlo cumplir; reglamentar

---

Cartagena de Indias, mayo 2000, valora que "la distribución del riesgo, en el sentido de hacer recaer las consecuencias patrimoniales de los daños por los que ha de responder como causante de estos, aun cuando despliegue la debida diligencia en su actividad, tiene como finalidad, bien sabemos, alcanzar la tutela de la víctima de esos daños mediante su resarcimiento. Pero tal finalidad no se consigue si el responsable resulta insolvente. Para evitar tal resultado, se impone al eventual responsable la obligación de estar asegurado, lo que, por otro lado, se justifica diciendo que 'no se quiere hacer del responsable otra víctima'; afirmación esta que presupone la extensión de la responsabilidad por riesgo y responde en cierta medida la superación de una concepción culpabilista de la responsabilidad civil".

[19] *Cfr.* Díaz-Granados Ortiz, Juan Manuel: *El seguro de responsabilidad*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 471, quien analiza el tema y refiere a Perán Ortega, Juan: *La responsabilidad civil y su seguro*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 252. Al respecto, señalan ambos autores como diferencias entre los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatorios, que los primeros, además de ser de suscripción mandataria, son altamente regulados en sus características, suma asegurada y primas, mientras en los segundos la intervención del Estado tiene menor intensidad, pues solo se establece el aseguramiento obligatorio, y eventualmente el valor asegurado, dejando el resto a la relación contractual.

[20] Genérico que incluye los seguros obligatorios y los seguros de suscripción obligatoria, *cfr.* Londoño González, J. Ernesto: ob. cit., p. 45.

el seguro para la realización de los servicios marítimo-portuarios; y precisar y adecuar al rango de norma correspondiente el seguro de asistencia médica a los visitantes y residentes extranjeros con residencia temporal en el país, perfeccionándolo.

El reto es reorientar los seguros a una función social, pues se mantiene en nuestra legislación el seguro centrado en la responsabilidad civil, y no en el daño, ya que por lo general se ampara a los que provocan el daño, mediando declaración de culpabilidad, y no se extiende a quienes reciben el perjuicio. Ejemplo palpable lo constituye el funcionamiento del seguro a los titulares de matrículas diplomáticas.

La esencia consiste en lograr interrelacionar los principios legales y éticos, que permitan el logro de un objetivo común, que el que causa el daño pague a quien lo recibe, de manera rápida, equivalente al daño y controlada para evitar excesivos desvíos en la gradualidad.

Para ello se requiere no solo un cambio de legislación, también un cambio en el tratamiento de los procesos, en el análisis de las variables de solución, en los modelos matemáticos y de laboratorio que se crean para valorar la magnitud del daño. No es posible mantener la simplicidad de sacar cuentas y alcanzar acuerdos sin medir los efectos que para la sociedad en su conjunto presentan los daños ocasionados, con destaque en los efectos psíquicos y mentales asociados.

Hay que lograr un desplazamiento del centro de gravedad de los sistemas económicos, que hoy constituyen el eje sobre el que versa nuestra respuesta, y pasar a explotar plenamente la capacidad productiva, para alcanzar una tecnología moderna y eficiente, correlativa a la investigación científica desarrollada.

En ese campo se mueve el seguro, pues la responsabilidad civil no solo se puede ver relacionada con un conductor que causa daño; también se encuentra presente en el cazador que con su disparo alcanza a un animal doméstico, o incluso a otra persona; en el arquitecto, el ingeniero o el constructor que por fallos en su trabajo provocan el derrumbe de una obra con el consiguiente daño material y humano; en el médico que equivoca su diagnóstico, o actúa negligentemente, de manera que ocasiona serios daños al paciente; en el abogado que, indiferente, deja pasar los términos dictados por la ley, lo que provoca que su cliente pierda el proceso de manera abusiva. En cualquier actuar del hombre puede esconderse la negligencia, el descuido, y con ello, el daño a otra persona.

Para obtener la respuesta a cuál es el sentido y alcance del actuar que provoca el daño se debate la ciencia, que se extiende a las ciencias sociales, por ser este el campo de actuación del daño: la sociedad, el hombre. Se requiere vertebrar todos los elementos, cumplir con "el principio de la unidad de la lógica, la dialéctica y la teoría del conocimiento, cuya esencia está dada en que la dinámica del saber siendo un proceso que se constituye en el sujeto del conocimiento, significa un reflejo del mundo material que se va resumiendo en formas lógicas, conceptos, juicios, hipótesis, teorías, etc., las cuales se transforman

dialécticamente en el curso de las interacciones entre el sujeto y el objeto del conocimiento y tiene como fin el conocimiento de la verdad".[21]

Una idea no puede alcanzar la luna, lo ideal sería llegar a ella sin esfuerzo, pero se requiere el trabajo arduo de un equipo en el desarrollo de la idea inicial. En la sociedad de riesgo que vivimos se necesita una interrelación de lo ideal y lo material, uno no domina a otro, se requieren entre sí. En las relaciones humanas ambas categorías adquieren una dimensión insospechada, "lo material y lo ideal se excluyen mutuamente en el ámbito de la actividad de los hombres, pues el lado material de la actividad es por su naturaleza propia de carácter objetal, práctico-sensible, mientras que el lado ideal se caracteriza por su naturaleza inmaterial en tanto reflejo espiritual de ese lado material".[22]

Estamos abocados al riesgo tecnológico, donde las tecnologías imponen su accionar, en ocasiones en actos "benéficos o necesarios", pero que por mal accionar o deficiencias de diseño o construcción ocasionan un desastre. No olvidemos el accidente de Chernóbil, el drama de la plataforma petrolera en el mar Caribe, y ahora la central atómica en Japón. Errores humanos diversos ocasionan daños irreversibles, pero no podemos renunciar al progreso humano.

Desde cualquier ángulo y perspectiva se ocasionan daños. Las comunicaciones satelitales enlazan en tiempo real cualquier punto distante de este "hermoso, azul y único planeta que habitamos", pero los accidentes de la era espacial ocasionan serios daños, aunque no nos privan del sueño de alcanzar el planeta Marte. Hace treinta años se adoptó un tratado en las Naciones Unidas sobre responsabilidad en el espacio, de acuerdo con el cual la nación desde la que se produce el lanzamiento es responsable por entero, y debe indemnizar cualquier daño, lesión o pérdida de vidas que produzcan los objetos lanzados al espacio desde ese país, aunque son pocas las naciones que lo han suscrito, y menos las que lo han cumplido.

La siniestralidad, la incertidumbre, la magnitud, son elementos de permanente conflicto cuando se trata de cuantificar un daño. El frágil entorno que nos rodea se vulnera cotidianamente, y se afectan las relaciones humanas, el más preciado entorno, la sociedad. Y tanto se producen por efectos sorpresivos como por la concentración y acumulación previas.

Los daños al medio ambiente, cuya referencia hace pocos años parecía una ficción, hoy constituyen una amenaza a nuestra propia existencia. No importa que una convención mundial obligue a asegurarse contra responsabilidad civil por daños ocasionados al medio ambiente por derrames y vertimientos, cuando

---

[21] López Balboa, Lutgarda, y otros: "Maestro investigador. Un reto en la formación del profesorado de ciencias", *Revista Pedagogía Universitaria*, vol. 9, No. 3, 2004, p. 108.

[22] Ramos Serpa, Gerardo: *Actividad, conocimiento y ciencia*, Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior de la República de Cuba, Universidad de Matanzas Camilo Cienfuegos, Matanzas, 2000, p. 49.

se desconocen hoy los posibles daños que se causarían, y cuando se producen, se rebasan los cálculos más pesimistas.

Se afecta el prestigio de las organizaciones, se resquebraja la confianza en las mismas, pues se ha demostrado con mucha elocuencia que lo principal es la ganancia, no el hombre y su entorno, lo importante es el dinero, no la sociedad.

Se requiere desarrollar estudios transdisciplinarios, que permitan el análisis de la interrelación de factores económicos, sociales, económicos, políticos, religiosos, que inciden en la efectiva utilización de seguros de responsabilidad civil, en aras de alcanzar el objetivo supremo final, la protección de la sociedad, y en primer plano, al más afectado, sin menoscabo de los derechos de quien lo produjo.

Los daños los produce el hombre con su actuar diario, y no es con el pensamiento puro y abstracto, es con el brazo, al utilizar un equipo o maquinaria, pues, en definitiva, "la tecnología no es un artefacto inocuo. Sus relaciones con la sociedad son muy complejas. De un lado, no hay duda de que la tecnología está sujeta a un cierto determinismo social. La evidencia de que ella es movida por intereses sociales parece un argumento sólido para apoyar la idea de que la tecnología está socialmente moldeada".[23]

Conclusiones

La incidencia actual de los seguros de responsabilidad civil en Cuba, en particular los obligatorios, se mueve en una tenue línea que separa lo escaso de su regulación jurídica, lo reducido de su percepción como elemento catalizador de las relaciones sociales y económicas, y el limitado efecto que producen por lo complejo del entramado legal y el escaso reconocimiento social.

Se requiere un análisis social de los factores principales que inciden en la pobre percepción de los seguros en nuestro país, los que durante años fueron relegados por concepciones tecno-economistas, y hoy se retoma su utilización en espacios obligatorios, lo cual demuestra que son un instrumento y no un fin en sí mismo, para alcanzar la satisfacción y resarcir los daños.

Se impone reorientar los seguros existentes, los cuales en la actualidad se dirigen a proteger al causante de la afectación que tendrá su patrimonio por la reclamación presentada, para encaminarlos en la dirección de indemnizar a quien recibe los daños, como motivo y dirección principal para alcanzar un mayor reconocimiento social de la figura.

[23] Núñez Jover, Jorge: "La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar. De la ciencia a la tecnociencia: pongamos los conceptos en orden", versión digital, s/f, p.18.

La sucesión por causa de muerte desde una visión constitucional

Leonardo B. Pérez Gallardo*

La sucesión desde un relieve constitucional

No cabe dudas de que la sucesión por causa de muerte viene coligada con el reconocimiento de la propiedad privada, lo que en el entorno jurídico cubano, con el sentido y alcance que la propiedad privada tiene,[1] no es atendible, pero el reconocimiento de ciertas formas de propiedad, con un viso de privacidad (*vid.* artículos 19, 20 y 21 de la Constitución), llevan al propio constituyente a regular el derecho a disponer por causa de muerte y a recibir una sucesión. Ello supone la necesidad de evaluar en un cuadro más amplio una discusión sobre el fundamento ideológico, político y constitucional de la propiedad en nuestro ordenamiento, conectado con las diversas implicaciones de la naturaleza de los bienes transmisibles (bienes personales, medios de producción, etcétera).[2] Tómese en consideración que para el constituyente la titularidad de los medios de producción ha quedado reservada al Estado, quien además es el titular de una forma de propiedad, en el contexto ideológico, prevalente, frente a la propiedad personal, reducida notoriamente en su contenido a los bienes, resultado del trabajo y del ahorro, hoy ampliada a lo que se ha denominado "trabajadores por cuenta propia", una especie de pequeños empresarios, sin el estatuto de empresarios, como corresponde, regulados jurídicamente en lo que al objeto de su labor compete, y su deber como ciudadanos de pagar los impuestos establecidos a tal fin, pero sin las garantías propias que el estatuto de pequeños empresarios

* Profesor Titular de Derecho Civil y Derecho Notarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Notario.

1 En el contexto comparado *vid.* Orlando, Federico: "Reflexiones en torno a la propiedad privada en la Constitución nacional", en igualitaria.org/wp-content/uploads/2010/05/pp-cons2020.doc, consultada el 18 de agosto de 2013.

2 Sobre los perfiles constituciones de la propiedad en Cuba, *vid.* Cutié Mustelier, Danelia y Méndez López, Josefina: "La propiedad en Cuba. Una visión desde la Constitución", *Foro constitucional iberoamericano*, No. 13, 2006-2008, en www.idpc.es/archivo/1231413527FCI13ADC.pdf, consultado el 15 de septiembre de 2013.

les reportaría, entre ellas la formación de empresas familiares con la posibilidad de transmitir por esa vía, por causa *mortis*, parte del patrimonio formado precisamente como resultado de ese trabajo lícito y permitido por el ordenamiento jurídico cubano dentro del nuevo modelo económico que hoy se diseña.[3]

La consagración primaria del fenómeno sucesorio viene de la propia Constitución que, como es notado, menciona a la *sucesión mortis causa* después de la formulación de los principios fundamentales en tema de propiedad, concretamente de las formas de propiedad que pueden generar derechos sucesorios, de manera que implícitamente hay un mandato del constituyente, a cumplirse por el legislador ordinario, de disciplinar las sucesiones testamentaria y *ab intestato*, con el añadido de la figura de los legitimarios, con el nuevo espíritu de solidaridad que le informa el codificador civil al regularlos, en lo que se atiende no solo el vínculo parental y conyugal con el causante, sino también su condición de personas vulnerables o dependientes económicamente de aquel.[4]

---

[3] *Vid.* Resoluciones 41 y 42 de 22 de agosto de 2013 de la Ministra de Trabajo y Seguridad Social, la primera que contiene el Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia y la segunda que contiene el anexo relativo a las denominaciones, alcance y entidades que autorizan el trabajo por cuenta propia, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 27, extraordinaria, de 26 de septiembre de 2013.

[4] Sobre el tema en el contexto cubano *vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 1999, pp. 15-59; "A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto" (en coautoría con María Elena Cobas Cobiella), *Temas de Derecho…*, *cit.*, pp. 61-221; Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia No. 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, No. 1, Ministerio de Justicia, La Habana, enero 2000, pp. 6-25; "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa" (capítulo X), en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, t. II, pp. 200-310; "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004)", *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, pp. 49-152; "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia No. 58 de 23 de marzo del 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho*, No. 34, La Habana, julio-diciembre 2009, pp. 141-159; "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", *Estudios…*, *cit.*, pp. 153-270; "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", *Revista Norte Notarial, del Colegio de Notarios de La Libertad*, No. 1, año I, Trujillo, Perú, 2011, pp. 23-44; "Cumplimiento de

Aun cuando el tratamiento del constituyente al regular el derecho a causar y suceder por muerte del titular de un patrimonio, sea parco, tampoco es muy distinto al que se ha ofrecido en el Derecho comparado.[5] Es claro, por una parte, que la parva atención examinada en esta disposición está dotada del valor esencial de tener una función tuitiva para una sucesión *mortis causa* en favor de los particulares, ya sea regulada esta por la voluntad del *de cuius*, aun limitada ante la presencia de los legitimarios asistenciales, o supletoriamente por la voluntad del propio legislador al establecer los órdenes sucesorales, según la proximidad parental respecto del *de cuius*; por otro, el indudable y concurrente interés público a aprovecharse de la muerte de una persona para destinar parte de su patrimonio a beneficio de la colectividad viene reducidamente reconocida en la forma exclusiva del perfil fiscal, negándose así al Estado la posición de coheredero necesario y sí tan solo de adquirente residual, cual no heredero, de los bienes y derechos respecto de los que no es dable demostrar la existencia de pariente alguno con derecho preferente a suceder (*vid.* artículos 546 y 547 del Código Civil).

Sin hesitación alguna, es dable constatar el favor del constituyente (luego desarrollado por el codificador civil) hacia el ahorro (y su tutela) y en conse-

---

los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia No. 218 de 31 de mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, pp. 5-17; "¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo), *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, No. 45, julio-septiembre 2012, pp. 52-58; "En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de 'heredero' especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo", *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año V, No. 5, junio 2013, Buenos Aires, pp. 137-164; Alfaro Guillén, Yanet: "El régimen jurídico de la preterición en Cuba", Tesis de doctorado, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2012 (en biblioteca de dicha Facultad).

[5] Entre las pocas constituciones que regulan el derecho a la herencia, atribuyéndole incluso valor de derecho fundamental, se cita la peruana en su artículo 2.16. La Constitución argentina por su parte se refiere al derecho de testar en el artículo 20, pero en razón de la tutela de los extranjeros. Más precisa es la Constitución portuguesa que en su artículo 62.1 garantiza el derecho a la propiedad privada y su transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa*. Por su parte la Constitución italiana en el precepto dedicado a la regulación de la propiedad (artículo 47) dispone que la "ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos sucesorios que corresponden al Estado" (artículo 47.4).

cuencia la protección de la propiedad personal, al reconocer como consecuencia lógica ineluctable, una transmisión (de los bienes) *mortis causa*, necesariamente a beneficio de las personas preferentemente elegidas por él, y solo con carácter supletorio, a aquellas que, de una u otra forma, están ligadas al difunto, cuadro dispositivo previsto por el legislador en beneficio de sus más propincuos parientes y del cónyuge, según el orden prelatorio establecido por el Código Civil (*vid.* artículos 509 y siguientes, en especial, artículos 510 y del 514 al 521), teniendo su corolario el principio de solidaridad en sede sucesoria en el reconocimiento por el legislador ordinario de la figura de los legitimarios asistenciales (*vid.* artículos 492 y 493 del Código Civil). En este sentido, con una visión prospectiva, se logra superar una dimensión egoísta de la propiedad (fruto del ahorro) garantizándose al menos *post mortem*, su transmisión, y solo en defecto de voluntad del causante y en ausencia de herederos legales, darle un destino social a través del Estado como adquirente útil y necesario, y en todo caso, por conducto de los impuestos sobre las sucesiones.

No hay que negar entonces la utilidad de un específico reconocimiento constitucional del derecho a disponer por causa de muerte de los bienes propios, vislumbrado en la misma conexión con el estatuto constitucional de la propiedad personal, la certeza del crédito y la determinación de un sucesor, aunque no heredero, como acontece con la regulación de la adquisición de las herencias acéfalas por el Estado en los casos dispuestos *ex lege* (artículos 546, a excepción cuando se testa a su favor, en que este concurre como un heredero más).

Sucesión por causa de muerte y Constitución: ¿derecho fundamental o garantía institucional?

La sucesión por causa de muerte es uno de los eslabones esenciales de la transmisión intergeneracional del patrimonio. Aun en países con regímenes en que la economía de mercado no es el centro de las relaciones económicas, se ha reconocido el derecho sobre la propiedad personal y el de la herencia. Este último, a partir del reconocimiento no solo de la propiedad personal, sino también de otros tipos de propiedad que igualmente son susceptibles de transmisión, tras el fallecimiento de su titular.

El Derecho de sucesiones llena un cometido sociojurídico, o como algún autor ha expuesto tiene también una función social. "El derecho sucesorio es instrumento para la justa distribución de la riquezas (…) que complementan la función que realizan en este sentido las leyes tributarias (…)"[6] y por ello "no se debe convertir en instrumento de formación de estirpes familiares propietarias, ni en medio de acaparar por unos pocos las riquezas materiales y espirituales

[6] Álvarez Caperochipi, José A.: *Curso de Derecho hereditario*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1990, p. 17.

de un pueblo. Muy por el contrario en la misma raíz conformadora del derecho sucesorio se deben buscar como específicos principios justificadores la función de dividir y desvincular la propiedad".[7] López y López habla de una necesidad técnica del Derecho de sucesiones en cuanto a la determinación del destino de los *bona vacantia*, tras la muerte de quien fuera su titular, y ello en tres niveles de respuestas: la atribución de las titularidades activas a favor del heredero, mecanismos de responsabilidad patrimonial para la satisfacción de las deudas, titularidad del causante, en aras de evitar un caos jurídico y perturbar el tráfico, con clara afectación de los acreedores y la ordenación, adquisición o traspaso de la posesión como poder de hecho ostentado por el *de cuius*.[8]

En este sentido se ha intentado atribuir al derecho a la sucesión por causa de muerte una naturaleza de derecho fundamental, en el entendido de derecho subjetivo frente a los poderes públicos y en concreto frente al Estado, o de una garantía institucional. Baño León que ha estudiado el tema de la defendida distinción entre garantías institucionales y derechos fundamentales en el contexto español y que no es partidario de esta distinción desde el prisma que ofrece la Constitución de España, sostiene que "El concepto de 'derecho fundamental' tiene en nuestra Constitución un significado no unitario; mediante él no se describe una sola categoría técnica jurídica, sino que agrupa a varias de ellas. Por el contrario, la noción de 'garantía institucional' tiene un preciso significado técnico-jurídico (garantía constitucional de una organización o institución). De la depuración de estas dos categorías en los términos apuntados depende una rica problemática sobre los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento y del papel reservado al legislador y a la Administración pública en su desarrollo".[9] A juicio de este autor, la distinción entre estas categorías básicas parte de un error conceptual, sustentado entre otras razones en la visión reduccionista de que los derechos fundamentales sean libertades defensivas, o sea, ámbitos exentos de la acción estatal, a cuyo servicio se ponen a disposición del particular medios de reacción y cuya garantía protege la reserva de ley, y además en el olvido del origen de la teoría de la garantía institucional y su específico significado en la teoría de Carl Schmitt sobre los derechos fundamentales.[10] Precisamente sobre la base de esta concepción el propio autor describe la existencia de una corriente de opinión que se manifiesta favorable a la distinción entre derechos fundamentales y garantías institucionales, y en tal sentido y a partir de su estructura se aduce que las garantías institucionales no responden al esquema del derecho

---

[7] Ibídem.

[8] López y López, Ángel: "La garantía institucional de la herencia", en *Derecho Privado y Constitución*, año 2, No. 3, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 30.

[9] Baño León, José María: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista española de Derecho constitucional*, año 8, No. 24, septiembre-diciembre, 1988, p. 156.

[10] Ibídem.

subjetivo, sino que tienen como referencia una organización o institución cuya existencia procurar asegurar. "El derecho fundamental concede un poder de reacción al individuo, sitúa a su titular en una situación de poder; la garantía institucional confiere a una organización o institución social su aseguramiento pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, como en los derechos fundamentales (…) sino tan solo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia".[11]

Según López y López, por su parte "…la relación entre garantía institucional y derecho subjetivo no es un compartimento (*sic*) estanco, viniendo a estar claramente configuradas las vertientes de la protección de la herencia como el aspecto genérico y el aspecto específico de la misma protección, con la existencia por tanto de una interrelación permanente y recíproca entre los mecanismos de interrelación de una y otra, entre el contenido 'institucional' de la garantía acuñado por el rostro histórico, y la reserva de ley y el contenido esencial como límite de los límites que el legislador puede poner al ejercicio de los derechos subjetivos en la sucesión a causa de muerte".[12] Para el profesor sevillano, no obstante, el tratamiento de la herencia en el artículo 33 de la Constitución española es el de garantía institucional, de tal modo el mencionado precepto "lo que expresa de una manera primaria es la preservación de un ámbito de poder del individuo sobre sus bienes, más allá de su muerte, lo que por pura lógica no es otra cosa sino un círculo de disposición de bienes *contemplatione mortis*. Sin la existencia de este poder individual quedaría aniquilada".[13] Por ello aduce "que el artículo 33.1 CE garantiza la herencia como institución, significando ello su contemplación no desde la perspectiva de las facultades individuales de los causantes, sino desde la del complejo conjunto de normas ordinarias que se ocupan del derecho a suceder con motivo de la muerte de una persona. Como tal garantía institucional está dirigida principalmente al legislador (…), el cual puede regular el Derecho sucesorio contenido en las normas civiles de acuerdo con los principios esenciales del Ordenamiento y las estructuras constitucionales fundamentales. Significa ello que tiene que extraer de la regulación de la herencia qué determinaciones son esenciales, y cuáles, en cambio, son más bien detalles técnico jurídicos, y por consiguiente, no esenciales".[14]

En fin, ya se vea la sucesión *mortis causa* como un derecho subjetivo o como una garantía institucional, lo cierto es que su reconocimiento constitucional supone que el legislador ordinario no puede sustraer los valores esenciales que le informan como institución jurídica y social o alterar sus elementos consustanciales, a fin de cuentas "los derechos fundamentales abarcan no sólo derechos subjetivos, sino también garantizan positivamente ámbitos de actuación

[11] Ídem, p. 157.
[12] López y López, Á.: ob. cit., p. 49.
[13] Ídem, p. 50.
[14] Ídem, p. 51.

del particular o aseguran la pervivencia de determinadas organizaciones (por tanto, encierran a su vez garantías institucionales y mandatos al legislador) y, de otro, ambos conceptos responden a la misma idea, la de erigirse en límite último a la discrecionalidad política del legislador".[15]

El derecho a la herencia ex artículo 24 de nuestra Constitución. El derecho a disponer y el derecho a suceder por causa de muerte. Contenido y alcance

Se inscribe la Constitución cubana dentro de aquellas con expreso reconocimiento del derecho de herencia, si bien como invoca el profesor Lohmann Luca de Tena al estudiar el artículo 2.16 de la Constitución peruana que regula el derecho a la herencia, el constituyente peruano, como también el cubano –apunto yo–, resultan inexactos en su formulación pues la herencia no es en sí un derecho, sino contenido de la sucesión, la propiedad no se transmite por herencia, sino por causa de muerte de su titular. No hay en la formulación constitucional dotes de rigor, ni de exactitud jurídica.[16] En principio, el constitucionalmente

[15] Baño León, J. M.: ob. cit., p. 170.
La controvertida sentencia de 17 de marzo de 2010 del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el Expediente No. 3347-2009-PA/TC que declaró infundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) para la defensa de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la autonomía universitaria y a la inmutabilidad de los acuerdos (reconocidos en los artículos 2º, incisos 14 y 16; 18º, 62º y 70º de la Constitución) dejó dicho en su fundamento 17º: "… cabe preguntarnos por la naturaleza jurídica que se le otorga a la herencia. Es posible establecer, en principio, que ella queda delimitada en el plano de lo abstracto y general como una **garantía institucional**, cuya formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace; y, en el concreto, como **derecho subjetivo**, un derecho que tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, se trata de una garantía institucional que funda un derecho subjetivo, en tanto, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa" (La negrita es nuestra). *Vid.* el contenido íntegro de la sentencia en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03347-2009-AA.html, consultado el 30 de marzo de 2014.

[16] Lohmann Luca de Tena, Guillermo: *Derecho de sucesiones. Sucesión en general*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 1995, t. I, p. 30.
El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia a que se hace referencia en la nota anterior, en su fundamento 11º deja sentado al interpretar el artículo 16.2 de la Constitución que reconoce el derecho a la herencia, que "por herencia se debe entender en el precepto constitucional la entera consideración del Derecho Sucesorio a causa de muerte".

llamado derecho a la herencia queda regulado en ocasión de los fundamentos económicos, políticos y sociales del Estado cubano (capítulo I, artículos del 1 al 27),[17] en sistemática, no menos criticada y nada convencional en el Derecho comparado en que se ha consagrado, aun esporádicamente, en ocasión de los derechos fundamentales de la persona, de modo que su contenido no pueda ser atacado en sus elementos sustantivos.[18] Tales fundamentos son definidos por Villabella Armengol como "pórtico (…) que expresa los basamentos de la sociedad cubana y las decisiones fundamentales que la delinean, y de esta forma señala los componentes de su fórmula política y los ribetes de su techo ideológico; de ahí que en alguna medida muchos de sus acápites gocen de una superlegalidad taxativa, ya que su modificación o desaparición conllevaría a la desconstitucionalización del texto".[19]

El artículo 24, con vocación normativa, se sitúa en la cúspide de la pirámide normativa en lo que respecta a la regulación del derecho a la sucesión por causa de muerte, precisamente entre los derechos de contenido económico o patrimonial. El constituyente se limita a regular el reconocimiento por parte del Estado del derecho a suceder por causa de muerte, dejando al legislador ordinario su régimen jurídico, aunque expresamente ello no se disponga. Como dice Álvarez Tabío, al comentar el precepto, "En este artículo se establecen los principios generales que habrán de servir de base al legislador para regular el derecho de herencia en los distintos aspectos que comprende".[20] Entiéndase que en la Constitución el derecho a la herencia, *rectius* a la sucesión por causa de muerte, solo está reconocido por el poder público del Estado sobre determinados bienes, haciéndose coincidir con aquellas formas de propiedad, reguladas en la Constitución de 1976, en su prístina redacción, en las que resulta posible que la muerte de su titular (por consiguiente, por ser persona física) cause su

Es dable reseñar en este orden la formulación del artículo 62.1 de la Constitución de Portugal que en mejor técnica establece en tal precepto que se garantiza la transmisión *mortis causa* de la propiedad privada, con arreglo a la Constitución.

[17] Conforme con los cuales han de ser interpretadas las propias normas del Código Civil, según el mandato dispuesto por el artículo 2 de dicho cuerpo legal. A tal fin *vid.* los comentarios del mencionado precepto, de la profesora Martha Prieto Valdés, en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I - *Disposiciones preliminares. Libro I Relación jurídica*, volumen I (artículos del 1 al 37), bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Ed. Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 17-33.

[18] Así, *v.gr.*, la Constitución de Perú que lo refrenda en el artículo 2.16, dentro del Título I.

[19] Villabella Armengol, Carlos: "La axiología de los derechos humanos en Cuba", en Pérez Hernández, Lissette y Prieto Valdés, Martha (coord.): *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2000, p. 296.

[20] Álvarez Tabío, Fernando: *Comentarios a la Constitución socialista*, Ciencias Sociales, La Habana, 1985, p. 113.

transmisión a título de herencia, y por qué no, también de legado,[21] o por cualquier título sucesorio. El derecho a la sucesión por causa de muerte, a diferencia de otras constituciones, se limita a aquellos bienes y derechos que constituyen la propiedad personal, la de los agricultores pequeños y la de ciertos útiles y bienes, titularidad del cooperativista. Presupuesto que genera lo que se ha conocido como pluralidad de regímenes legales sucesorios, o sea, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la herencia no se transmite en bloque, sino según las normas que el legislador ordinario establezca, obedeciendo a postulados políticos que han irradiado todo el ordenamiento jurídico privado. Lo más visible en este orden es en la actualidad la regulación de la transmisión hereditaria de la tierra y demás bienes agropecuarios, cuyo régimen jurídico viene establecido en el Decreto-Ley 125/1991, sustentado esencialmente en el principio de que la tierra es para quien la trabaje, a cuyo tenor el orden sucesorio establecido se aparta, en esencia, del formulado en el Código Civil, llegándose a proscribir en el artículo 28 la disposición de dichos bienes por vía testamentaria, de conformidad con lo regulado en el párrafo segundo del precepto constitucional que aunque no prohíbe el derecho de testar sobre la tierra y demás bienes agropecuarios, determina el destino de esta dentro del limitado círculo de los "herederos que trabajan la tierra", salvo las propias excepciones que en abstracto prevé su existencia, dejando al legislador ordinario su desarrollo.

Como he apuntado con anterioridad, el mencionado artículo tutela no solo el derecho a recibir una herencia como causahabiente a título universal, sino por supuesto a disponer de los bienes y derechos, titularidad del causante, a título de herencia, por vía testamentaria (incluso también en materia agraria, de ahí que no conculcaría la norma el que hoy se reconociera el derecho de testar sobre la tierra y demás bienes agropecuarios), o supletoriamente, ofrece la posibilidad de que sea el legislador ordinario quien establezca las pautas de la sucesión *ab intestato*, a partir del cuadro dispositivo de parientes y cónyuge con derecho a ella, según órdenes prelatorios, establecidos a tal fin. No se puede adquirir una herencia si no se ofrecen vías o cauces para que el titular del patrimonio, pueda disponer de aquellos núcleos patrimoniales, transmisibles a su muerte. En consecuencia, el artículo 24 protege el testamento, como vehículo

[21] Como expone Castán Vázquez, para el referente español (artículo 33.1 de la Constitución), "aunque la norma hable de 'herencia' cabe entender que se refiere no solo a lo que estrictamente se entiende como tal (es decir la sucesión a título universal), sino a la sucesión *mortis causa* en general que abarca también, como es bien sabido, la sucesión a título singular; no tendría sentido admitir la herencia y rechazar el legado, ampliamente regulado en el C. c.". *Vid.* Castán Vázquez, José María: "El Derecho de sucesiones y las normas constitucionales", *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, coordinado por el área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1150.

idóneo para disponer por causa de muerte,[22] si bien este no es el único, pues conforme con el Derecho vigente, otros actos dispositivos como la designación a favor de un beneficiario de saldos depositados en cuentas de ahorro (con un tope de 5000 unidades monetarias) (*vid.* artículo 545 del Código Civil), o incluso, ciertos seguros temporarios de vida, están regulados en el ordenamiento jurídico como vías alternativas al testamento, si bien con un perfil mucho más angosto.

Incumbe también al legislador ordinario establecer las causas que inhabilitan a los posibles sucesores de acudir a la sucesión, así como los tipos de sucesiones, los títulos de atribución, las reglas particionales, y la determinación de si compete o no asignar legítimas a favor de determinados parientes o cónyuge, particular que no se constitucionaliza, a diferencia de la Carta Magna de 1940, en la que indirectamente se hace una alusión a la legítima (*vid.* artículo 46).

La regulación del derecho a la herencia (tal y como viene regulado en la Constitución) en conexidad con el de propiedad, tampoco es una novedad constitucional.[23] Si bien es la sucesión *mortis causa*, que no la herencia, uno de los modos de transmitir la propiedad, no es el único, aunque al garantizarse la sucesión, se permite la continuación de la titularidad de los bienes y derechos, a favor de los parientes más propincuos y del cónyuge, protegiéndose así los derechos patrimoniales de la familia. La peculiaridad ofrecida por el régimen jurídico cubano es la determinación concreta de algunos bienes heredables, como la vivienda, hoy sin otra cortapisa, como hasta hace poco resultaba la ocupación, que se erigía en barrera infranqueable para poder suceder la vivienda, y no tan solo recibir la compensación a precio oficial por el valor que esta representaba.[24]

---

[22] En Argentina la Constitución regula en el artículo 20 el derecho de testar pero referido a los ciudadanos extranjeros, si bien sus efectos se extienden a todos los ciudadanos del país. El profesor Marcelo Salomón que ha estudiado con detenimiento el tema expresa que "ejercer el derecho a testar –desde el plano constitucional– implica poner en movimiento un doble juego de derechos: la libertad en la determinación del proyecto de vida personal y la disposición de la propiedad individual a través de la determinación del destino que los bienes propios habrán de seguir para después de la muerte del individuo".
"Cada ciudadano argentino puede –desde el pórtico constitucional– estructurar su testamento con libertad y autonomía, materializando para después de su muerte algunas manifestaciones o influjos de su proyecto de vida autorreferencial y a su vez decidir el destino y titularización de los bienes que alcanzó durante su existencia". *Vid.* Salomón, Marcelo: *Legítima hereditaria y Constitución nacional*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2011, p. 444.

[23] Como había apuntado antes, las pocas constituciones que regulan expresamente la sucesión *mortis causa*, conectan la herencia con la propiedad, así la Constitución peruana (artículo 2.16), la española (artículo 33.1), la italiana (artículo 47.4) y la portuguesa (artículo 62.1).

[24] *Vid.* a tal fin Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Sucesión por causa de muerte, vivienda, migración y familia en el derecho cubano: un atinado giro copernicano",

El concepto de propiedad personal se convierte en pieza clave, a la vez que puente esencial para entender el concepto de herencia. No obstante, este binomio propiedad y herencia se regulan en la Constitución cubana con cierta autonomía, lo que cabe calificarse de un logro del constituyente, superando así otras fórmulas constitucionales como la del artículo 2.16 de la Constitución del Perú o la del artículo 33 de la Constitución española, entre otras[25] que regulan de manera compacta los derechos a la propiedad y a la "herencia", y que ha motivado en el país andino algunas críticas, cuando se dice, con razón, que "(…) tampoco era necesario emparentar tan estrechamente la herencia con la propiedad, porque de hecho puede haber herencia (entendida como fenómeno sucesorio o como universalidad de activos y pasivos) con prescindencia de derechos de propiedad sobre los bienes que la integran",[26] mientras que en España se ha llegado a sostener, en sentido inverso, o sea con elogio, que " (…) la regulación conjunta de la herencia con la propiedad indica el estrecho contexto en que se mueven ambas garantías (…). Mediante la herencia la propiedad se perpetúa en manos privadas constituyendo propiedad y herencia de manera igual elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido la herencia puede considerarse incluso como un apartado de la garantía de la propiedad (…). La propiedad, en el sentido del texto constitucional,

Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, No. 1, 2013, pp. 93-110.

[25] Porque también los regulan en el mismo precepto la Constitución italiana y la portuguesa.

[26] Así, Lohmann Luca de Tena, G.: *Derecho de…*, I., *cit.*, p. 30. Entre los propios autores peruanos hay posiciones matizadas. Por su parte, Gutiérrez Canales, Mario Raúl: "La vinculación esencial entre el derecho a la propiedad y el derecho a la herencia", *Gaceta Constitucional*, t. 29, mayo 2010, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 101 y ss., considera que la regulación de ambos derechos en el mismo apartado del artículo 16 de la Constitución peruana "no responde a un simple criterio coincidente sino que (…) resulta un aspecto medular en términos de vinculación, pues el derecho de propiedad es una consecuencia natural del ejercicio del derecho a la herencia", "No cabe duda que en el caso del derecho a la herencia la incidencia del carácter objetivo de los derechos fundamentales se manifiesta en que para su ejercicio no puede dejar de observarse el contenido del derecho a la propiedad del que es consustancial", lo cual, por demás, tampoco niega la advertencia del profesor Lohmann Luca de Tena. Los criterios de Gutiérrez Canales, vertidos a la sazón en el análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por la PUCP, y a que se hace referencia en la nota (15) de este trabajo, ocasión en que el citado Tribunal dejó sentado en su fundamento 11º *in fine*, al analizar la regulación del artículo 16.2 de la Constitución que: "prima facie, la garantía de la herencia se formula conjunta y unitariamente con la de la propiedad: conjunción y unidad que determina la función social que delimita el ejercicio de estos derechos".

abarca no solo la facultad de aprovechar, sino también la de transmitir de manera permanente".[27]

La libertad de testar, la legítima y la Constitución de 1940

A diferencia de la Constitución de 1976, la de 1940 reguló expresamente la libertad de testar sobre la mitad de la herencia, modificando el régimen de legítimas ya refrendado por el legislador ordinario preconstitucional de 1889, cuando se hace extensivo a Cuba el Código Civil español que franqueó un sistema legitimario, el cual alcanzaba a dos tercios del patrimonio del causante, si a su fallecimiento le sobrevivían descendientes legítimos, y a un tercio si eran ascendientes, igualmente legítimos, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota vidual usufructuaria. Empero, la regulación constitucional no viene de la mano de una protección directa de las legítimas sino de una formulación, con la jerarquía que ella entraña, de la libertad de testar que se amplía tras el dictado del artículo. En tal sentido es dable incursionar en la *ratio* del constituyente.

Es procedente reseñar que el constituyente abogaba por reconocer el principio de libertad de testar a tal punto que en la propia Convención fue aprobado en un inicio un precepto que preconizaba (contenido en el último párrafo del artículo 57) que, a salvo las restricciones contenidas en la propia Constitución, el cubano tendría plena y absoluta libertad de testar, acuerdo revisado ulteriormente. A tal punto que fue sometido a una discusión recogida en las actas de la Convención Constituyente (sesiones 74 y 75 de 6 y 7 de junio de 1940), planteada en los términos que no supusiera una revisión total del acuerdo, manteniéndose al menos la posibilidad de testar libremente en una parte del caudal patrimonial ascendente a la mitad, mientras se reservara la otra mitad para que el testador cumplimentara sus obligaciones y vinculaciones de naturaleza familiar.[28] El delegado a la Constituyente, señor Antonio Martínez Fraga, en su alocución al defender la moción de revisión del acuerdo dejó dicho que "La Convención Constituyente a propuesta de una brillantísima idea de nuestro distinguido compañero el señor Ferrara rompió el encadenamiento que nos sujetaba a otras épocas y permitió la libertad de testar. Eso tendrá que agradecerle la ciencia del Derecho a esta Convención y a su distinguido autor. Sin embargo, del gran bien, del extraordinario bien que en el orden económico ello produce, en razón de que el bien quedado u obtenido a través del trabajo por la familia, en la forma en que actualmente estaba dentro de nuestra legislación,

[27] López y López, Á.: ob. cit., pp. 51-52. Para Castán Vázquez, J. M.: ob. cit., p. 1150, resulta lógica la regulación constitucional del derecho de propiedad junto con el derecho a la herencia dada la estrecha relación que existe entre ambos, lo cual se remonta a un fundamento histórico, desde las mismas bases del Derecho romano.

[28] *Vid.* Lazcano y Masón, Andrés María: *Constitución de Cuba*, , Cultural, La Habana, 1941, t. II (artículos 43 al 117), pp. 184-188.

rompía la uniformidad del capital, y hacía forzoso que el gran capital tuviera que dividirse en tantas partes como herederos había; y en esa forma no era posible mantener dentro del territorio nacional el capital, ya que lógicamente los distintos herederos recogerían cada uno de ellos su parte, y la riqueza, como centro fundamental se rompía, o se quebraba".[29] Revisión que a la postre procedió, respaldada además por José Manuel Cortina, según nos detalla Lazcano y Masón, quien en sus argumentos respaldando la moción introducida, sin negar la utilidad de ampliar el espectro de la libertad de disponer por causa de muerte, sostiene razones por las cuales esta libertad debía tener ciertas cortapisas a favor de la familia. Precisamente buscando el justo equilibrio entre la libertad en materia de herencia y la tuición de la familia a través del sistema de legítimas, sostiene que "…en una legislación sobre la herencia no debemos pasar violentamente de un régimen muy restrictivo a uno radicalmente libre",[30] razón por la cual decide rectificar el voto dado al introducirse un régimen de libertad absoluta para disponer por causa de muerte, por una posición intermedia o más moderada, a cuyo tenor el régimen a establecer diera "…amplitud a la libertad del testador y sin embargo, le limite en cierto modo esa potestad para conservar algo de la tradición y del sistema que hasta ahora hemos seguido".[31]

A más abundar, siguió expresando: "Yo creo que la modificación propuesta consistente en que se garantice la plena y absoluta libertad de testar en relación con la mitad del caudal hereditario, abre bastante campo a las ventajas que tiene la libertad de testar, y conserva algunas de las que lleva en sí la reglamentación más restrictiva que está vigente actualmente.

"De esta manera, de un lado abrimos campo a ciertas ventajas de la libertad de testar, y resguardamos, además a los que tengan derecho a la herencia, de las extravagancias excesivas que pudiera tener el testador, lo cual resulta razonable, porque con las facilidades que establecemos pueden desenvolverse con bastante libertad las iniciativas de todo testador normal.

"Por todas estas razones recomiendo a la Asamblea que se vote la enmienda propuesta, por vía revisión de acuerdo, según la cual se garantiza constitucionalmente la libertad de testar por lo menos sobre la mitad del caudal hereditario. El resto de este caudal podrá ser sometido libremente por la Ley Civil a las regulaciones que se consideren útiles para el bien social y la familia".[32]

Aunque la modificación del acuerdo fue aprobada, el artículo 46 de la Constitución de 1940 fue un verdadero dédalo jurídico, sobre todo a partir del planteamiento constitucional y las dos tesis enarboladas, una a favor de su

[29] Ídem, pp. 184-185.
[30] Ídem, p. 186.
[31] Ibídem.
[32] Ídem, pp. 186-187.

aplicación directa e inmediata, y otra mucho más conservadora, a cuyo tenor, no se entendió modificada la legislación ordinaria (Código Civil), hasta tanto no hubiera un pronunciamiento expreso al respecto sobre los preceptos del Código Civil (artículos 806 y 808) reguladores de la legítima y concretamente de la de los descendientes que llegaba a dos tercios del patrimonio, mientras que en el caso de los ascendientes, de concurrir estos a la sucesión, la legítima y la libre disposición, en sus cuotas se ajustaba a las establecidas en el texto constitucional (por mitades partes).

La doctrina de la época, sin embargo, no fue muy lisonjera con el precepto en cuestión, amén del valor que desde el punto de vista sucesorio haya tenido el reconocimiento expreso en la Carta Magna de la libertad de testar. Se llegó a decir que se trató de "un cambio que debió ser más categórico en la Carta".[33] Igualmente fue criticada su ubicación sistemática en la Sección Primera del Título V de la Constitución,[34] en tanto el precepto concluye la sección dedicada a la familia y quizás con una visión, a mi juicio equivocada, se dejó expresado que el mencionado precepto "coloca al individuo por encima de la Institución familiar (…) rematando la Sección dedicada a la protección de la familia".[35] Y en consecuencia se tildó al precepto de "contradictorio pues pugna con el nuevo concepto solidarista de la libertad y de la propiedad que se defiende vigorosamente en el texto general de la Constitución. Se intenta proteger el patrimonio familiar frente a una posible atomización del caudal del causante, como si la libertad o la restricción testamentaria pudieran influir decisivamente sobre fenómenos de la vida social y económica que obedecen en realidad a otros fenómenos muy complejos".[36]

La Constitución de 1940 marcó un hito en la regulación del Derecho sucesorio entonces vigente, al compatibilizar la protección de los deberes familiares a través de las legítimas y a la vez potenciar la libertad de testar, aun cuando un sector importante de la doctrina de la época no lo entendiera de esa manera. Se trató únicamente de reducir el monto o cuantía de la legítima. De ese modo, se negó la aplicación directa de la norma constitucional y tampoco fue aprobada una ley posterior que modificara el Código Civil, ajustándolo al imperio del artículo 46 constitucional.

El Tribunal Supremo en pleno, aunque no con unanimidad, se hizo eco de la negativa de aplicación directa de la Constitución. Resulta paradigmática la Sen-

[33] Mederos Rodríguez, Eduardo B.: La *familia y la cultura en la Constitución cubana*, Jesús Montero editor, La Habana, 1948, p. 78.

[34] Ibídem.

[35] Álvarez Tabío, Fernando: "La libertad de testar y la Constitución de 1940", en *Repertorio judicial*, La Habana, p. 89.

[36] Álvarez Tabío, Fernando: *Teoría general de la Constitución cubana*, Jesús Montero, editor, La Habana, 1946, p. 117.

tencia número 58, dictada en materia de constitucionalidad, de 22 de junio de 1944 (ponente Miguel R. Rodríguez Morejón) en cuyos considerandos se lee:

> "Considerando: que el artículo cuarenta y seis de la Constitución (…) respondía al propósito de elevar a la categoría de precepto constitucional sustrayéndolo así a las futuras contingencias posibles de la Legislación ordinaria el principio de la libertad de testar en cuanto a la mitad de la herencia dentro de las restricciones señaladas en la Carta Fundamental, (especialmente las que pudieran derivarse de las nuevas bases del régimen familiar, establecidas en los artículos cuarenta y tres y siguientes) dejando al Congreso la facultad de legislar libremente, como lo estime más útil para el bien social y la familia, lo concerniente a la otra mitad del haber hereditario.
>
> "Considerando: que de lo expuesto se infiere, racionalmente la imprescindible necesidad de legislación complementaria, que desenvuelva el principio general consignado, para su posible, adecuado y eficaz realización práctica; en primer término porque a ese fin, han de tenerse en cuenta las restricciones derivadas del propio texto constitucional que de modo concreto no se indican, en segundo lugar, porque dentro de un criterio integral, lógico y jurídico no cabe prescindir, en absoluto para aplicarle de la regulación relativa a la forma de distribuir la otra mitad del haber hereditario, respecto de lo cual, nada dispone la Constitución, y finalmente porque si se pretendiera cumplir directamente el precepto, sin la indispensable y previa adaptación legislativa a la nueva base, de todo el sistema sucesorio actualmente en vigor, cuyas instituciones se encuentran indisolublemente ligadas y vinculadas entre sí, se crearía un verdadero caos en materia de suyo, tan delicada como la herencia".[37]

Y es que esta sentencia refleja la visión timorata del Alto Foro, pues la única modificación importante que se introduce con el reconocimiento de la libertad de testar hasta la mitad de la herencia es del orden cuantitativo. Se trataba nada más de ajustar las cuotas de la legítima y de la mejora de los descendientes, de un tercio cada una, a un cuarto cada una, respectivamente.[38] La Constitución

[37] *Vid.* Mederos Rodríguez, E. B.: ob. cit., p. 82. Esta sentencia sirvió de fundamento o apoyo para otras sentencias ulteriores como la No. 177 de 11 de noviembre de 1944 que expresamente dejó dicho que "mientras no se promulgue la legislación complementaria están vigentes los preceptos atinentes del Código Civil". *Vid.* Menéndez Menéndez, Emilio: *La nueva constitución cubana y su jurisprudencia (1940-1944)*, Jesús Montero, editor, La Habana, 1945, p. 67.

[38] Como expone en su voto particular el magistrado José F. Perera, quien en él argumenta que los artículos 808 y 823 del Código Civil español, reguladores de la legítima y la mejora, respectivamente, de los descendientes, "debieran entenderse expresa e implícitamente modificados por este [artículo 46 de la Constitución], en el sentido de quedar reducida a la mitad la ascendencia de la legítima total o

de 1940 no suprimía las legítimas, elevaba a rango constitucional, eso sí, la libertad de testar sobre la mitad de la herencia. De ahí que haya resultado inatinado haber dicho, vigente el Código Civil español de 1889, que el artículo 46 de la Constitución "modifica sustancialmente nuestra institución civil conocida con el nombre de 'legítima'",[39] pues el cambio que el precepto constitucional entrañaba era solo cuantitativo en el orden de las legítimas, únicamente de los descendientes, pero en modo alguno alteraba la sustancia o naturaleza de la figura. Tampoco se atentaba contra la protección de la familia.[40] Se trató de armonizar su protección, a la par de la autonomía privada, o sea, el poder de decisión de la persona de determinar el destino de su patrimonio a favor de quien quisiera, pero sin que con ello tendiera a incentivar ningún destello de individualismo extremo. Por ello rechazo el totalitarismo legitimario abrazado por Álvarez Tabío, quien con una defensa a ciegas de esta institución consideró que el artículo 46 de la Constitución "debió orientarse hacia la defensa de las legítimas y no de la libertad de testar, pues al consagrar ésta como principio constitucional y olvidar aquellas, lo que ha hecho es volver los pasos hacia el concepto rousseauniano de la sociedad, negando todo tipo de personalidad que no sea la humana".[41] Sus argumentos sí que fueron después abandonados, no por el constituyente de 1940, sino por el legislador revolucionario del Código Civil de 1987, el que sin suprimir la legítima (si bien ni tan siquiera la menciona expresamente en sus preceptos), sí que amplió el diapasón de la libre disponibilidad del testador, en un Código Civil de corte socialista, lo cual pudiera incluso resultar mucho más paradójico.

---

larga y de la parte de libre disposición; y consecuentemente, a una cuarta parte, la porción de mejora".

[39] *Vid.* Pino, Félix G.: "La familia y la cultura en la Constitución de 1940", *Anuario de la Asociación Nacional de funcionarios del Poder Judicial* (Curso de conferencias de Derecho constitucional – 1946), Editorial Lex, La Habana, 1947, p. 325.

[40] De ahí que no coincida con el razonamiento de Álvarez Tabío, F.: "La libertad de testar…", *cit.*, pp. 88-91, crítico acérrimo del artículo 46 de la Constitución de 1940, en pos de una defensa a ultranza –insostenible a mi juicio–, de las legítimas, no como institución en sí, la que defiendo en condiciones en que se justifique, como la que hoy regula el Código Civil cubano de 1987 en su artículo 492 (legítima asistencial). A fin de cuentas, sus argumentos caen por su propio peso, pues la Constitución de 1940 no suprimió las legítimas, ni tan siquiera logró, como el Código Civil de 1987, un cambio funcional de ellas, sino las aminoró, particular que hoy día a más de siete décadas de su aprobación, sigue siendo un reclamo de los juristas de todo el continente. De ahí la posición de vanguardia del constituyente cubano de 1940.

Así, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Argentina, solo a modo de ejemplo, se propone, lo cual se califica como un verdadero logro, disminuir la cuantía de la legítima de los descendientes de cuatro quintas partes a dos tercios. ¡Y ello en la segunda década de este siglo XXI!

[41] Álvarez Tabío, F.: "La libertad de testar…", *cit.*, p. 91.

Es dable apuntar que no obstante, la posibilidad de aplicación directa de la Constitución de 1940, criterio que comparto, fue defendida incluso por varios de los magistrados del Tribunal Supremo en los votos particulares que hicieron a la Sentencia No. 48 de 22 de junio de 1944 en cuyos argumentos señalaron que el derecho reconocido a favor de los cubanos de testar libre y absolutamente sobre la mitad de su patrimonio, no fue reconocido bajo condición suspensiva alguna, por lo cual no era lícito dejar en suspenso la aplicación de la norma porque ello equivaldría a una derogación temporal de ella. Correspondería a los tribunales ordinarios ajustar las normas del Código Civil al imperio del artículo 46 de la Constitución el cual debía sobreponerse a las normas que le contradijeran.[42] Pero ello ya es historia y en los años que siguieron de aplicación de la Constitución de 1940, se hizo caso omiso al mandato del artículo 46 del texto constitucional y el régimen legitimario aplicado siguió siendo el del Código Civil español, con esa visión conservadora de un sector nada desdeñable de la doctrina científica.[43]

Constitución, vivienda y sucesión por causa de muerte

Uno de los ejes temáticos que merece mayor detenimiento es sin duda la constitucionalización en el Derecho cubano de la transmisión por causa de muerte, de la vivienda, propiedad personal. En efecto, el artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho a transmitir y, en consecuencia, a adquirir por los herederos o legatarios instituidos la vivienda, tenida a título de propiedad personal por su titular. Hasta fecha reciente (finales de 2011) la consecución del ejercicio mismo del derecho (legalmente establecido en el artículo 76 de la Ley General de la Vivienda) era de dudosa constitucionalidad. Ciertamente, el legislador ordinario a través del Código Civil reguló la facultad dispositiva del titular de cualquier patrimonio de disponerlo, a título de herencia o de legado,

[42] Así los argumentos de Martínez Escobar, de Solórzano, Tabío y Álvarez Marurí en su voto particular. Defendido también por Perera en su respectivo voto particular. *Vid.* Mederos Rodríguez, E. B.: ob. cit., pp. 83 y 85, respectivamente.

[43] También con una visión ciertamente ecléctica de la cuestión, el entonces profesor de Derecho Constitucional Hernández Corujo, da a entender que el precepto era de aplicación directa en lo que respecta a la cuota de la herencia destinada a la libre disposición (a la que se refiere expresamente el constituyente), no así a la cuota de legítima, respecto de la cual para el adecuado cómputo de esta y de la mejora, resultaba necesaria una legislación complementaria, dado que su ausencia pugnaba con el Código Civil. *Vid.* Hernández Corujo, Enrique: *Lecciones de Derecho constitucional cubano*, Cía. editorial O' Reilly 304, La Habana, 1942, p. 170. Con similar posición pusilánime More y Benítez, Juan Bautista: *Leyes complementarias de la Constitución*, Cultural, La Habana, 1941, p. 24. Igualmente Machado, José: *Comentarios al Código Civil*, Editorial Puga, Guanabacoa, La Habana, 1950, p. 394.

pero tal facultad, en materia de vivienda de residencia permanente, estuvo seriamente limitada, no por el codificador civil sino por el de la legislación especial, preeminente en este orden, según el propio dictado del artículo 8 y de la Disposición Final Primera del Código Civil, a tal punto que el legislador de la Ley General de la Vivienda, cercenaba su contenido esencial, al señalar el cauce intergeneracional del inmueble, en primer orden a favor de sus ocupantes, generándose en la ocupación, una situación fáctica de relevantes consecuencias jurídicas. La propia Constitución quedaba en entredicho; el mandato del artículo 24, primer párrafo, resultaba inoperante, pues el legislador ordinario estableció requerimientos de ocupación sobre el inmueble que daban al traste con toda expectativa de los herederos o legatarios no ocupantes. De este modo, el derecho a la herencia sobre la vivienda, propiedad personal, consagrado constitucionalmente, estaba sujeto a la condición de ocupante del inmueble. No puede obviarse que el constituyente había dejado previsto como mandato en el párrafo primero del artículo 24 que "El Estado reconoce el derecho de herencia sobre la vivienda de dominio propio y demás bienes de propiedad personal", y que no le es dable al legislador ordinario dar al traste con el contenido esencial de este derecho, indudablemente conculcado, si entre el causante (otrora titular de la vivienda) y el causahabiente se interpone un sujeto (el ocupante), de modo que durante años devino en inoperante el derecho de herencia, constitucionalizado *ex* artículo 24.

Por ese motivo, la promulgación del Decreto-Ley 288/2011 ha representado un giro copernicano en sede sucesoria. Ya la vivienda de residencia permanente no se transmite por causa de muerte de su titular a los convivientes, sino a quienes tienen derecho a heredar al titular. La herencia se ha erigido en el cauce idóneo para hacer el tránsito intergeneracional de la vivienda en Cuba. Pero, ¿se fortalecen con ello los lazos familiares?[44]

Las modificaciones que introduce el citado Decreto-Ley en la Ley General de la Vivienda incentiva la planificación familiar hereditaria, haciendo menos tortuoso el camino; con ello se fortalece la familia, a cuya protección se dirige el artículo 35 de la Constitución. Al habilitarse otros actos de transmisión de dominio *inter vivos* sobre la vivienda, se debilita el papel desempeñado por el matrimonio y el testamento como centros del manejo simulador y artificioso para legitimar la adquisición de una vivienda en Cuba a través de actos prohibidos como la compraventa. Al desatarse los nudos que asfixiaban la autonomía de la voluntad en sede inmobiliaria, alcanza cierto protagonismo el testamento como vehículo negocial idóneo para la disposición *post mortem* del patrimonio de una persona. La vivienda puede ser enajenada *inter vivos* a favor de quien quiera y por cualquier concepto. A la vez, quien decide emigrar del país, lo puede hacer sin cortapisa alguna. Sus bienes inmuebles o muebles los puede enajenar a su antojo, sin que puedan ser impugnados dichos actos por motivo

[44] *Vid.* Pérez Gallardo, L. B.: "Sucesión por causa de muerte...", *cit.*

de salida definitiva del país de su titular (*vid.* artículo 81.8 de la Ley General de la Vivienda), ni utilizar subterfugio legal alguno. La vivienda que fue el sitio clave dentro de una familia, en el que se hicieron hombres y mujeres varias generaciones familiares, ha de ser heredada en principio por alguno de ellos, en dependencia de la disposición testamentaria del titular, o en su defecto, por aquellos parientes o el cónyuge del titular, conforme con los llamamientos de la sucesión *ab intestato*. Le corresponderá a su titular, como parte de las facultades que comprende el derecho de propiedad, determinar su destino tras su fallecimiento, sin intromisión estatal o administrativa alguna. Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento sucesorio, a salvo la legítima asistencial a la que tienen derecho ciertos parientes y el cónyuge (*vid.* artículos 492 y 493 del Código Civil), bajo circunstancias cualificadas, se puede testar a favor de quien se desee, resulta lo más lógico que esa voluntad esté informada por el ánimo de proteger a los parientes más cercanos y al cónyuge. Atrás han quedado los tiempos en que el testamento encubría actos de compraventa, como una especie de talismán que sorteaba la suerte de las prohibiciones legales y que "convalidaba" un negocio anterior, por demás extremadamente riesgoso para el comprador dada su expresa prohibición legal, cuya adquisición del dominio del inmueble estaba supeditaba al hecho *certus an, incertus quando*, que en todo caso supone la muerte de una persona (el transmitente).

En la actualidad, el testador no tendrá más que sortear la prohibición mantenida en el artículo 2 de la Ley General de la Vivienda, a saber: el que nadie puede tener más de una vivienda de residencia permanente en propiedad, pero aún así, el heredero instituido tiene la opción de enajenar, por cualquier título, la suya, aun después de fallecido el propietario, como presupuesto legal, para adquirir la deferida a título de herencia o de legado. La modificación operada aproxima el Derecho positivo a la realidad social. Era un secreto a voces que el testamento y el matrimonio encubrían en un porciento nada trivial, actos de compraventa de vivienda; se distorsionaba el verdadero sentido y función social de ambas instituciones, último reducto que tenía la población para "legitimar" el "contrato prohibido". Las normas jurídicas no pueden estar de espalda a la realidad social. Una sociedad no puede estar sustentada en negocios simulados, porque amén de su posible nulidad por vía judicial, se quebrantan valores humanos que no se restablecen a través de sanciones judiciales, por muy severas que estas puedan ser.

No estoy en contra de los cuidadores de ancianos o personas desvalidas; apoyo el contrato de alimentos, los actos de autoprotección y cualquier otra alternativa que tienda a la tuición de las personas de la tercera edad, pero la convivencia se tornó en una situación jurídica generadora de derechos subjetivos que hostigaban los derechos sucesorios, incluso de personas dependientes económicamente del causante, o de menores de edad. Aunque en los últimos años la propia interpretación jurisprudencial del Alto Foro y la de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia fueron paliando la

injusticia que suponía el no reconocimiento de derechos a menores de edad, herederos del titular, no ocupantes del inmueble, el daño producido fue continuo e intenso durante varios lustros.[45] Menores e incapacitados judicialmente eran "despojados" de sus derechos sucesorios, siempre que se probara que no ocupaban la vivienda al deceso del causante. El costo social y humano de tal férrea posición, luego languidecida, todavía se siente en familias que aún hoy no han podido adquirir una vivienda de residencia permanente, frente a las pretensiones de terceros (convivientes) que lograron asirse al inmueble, con el triunfo de la ocupación sobre la herencia. El propósito no dejó de ser noble, pero una vez más se cumplía el apotegma romano de que el exceso de justicia puede llegar a producir también un exceso de injusticia.

Coincido con quienes pueden llegar a plantear –no sin razón–, que hoy día el titular tiene a su disposición *ab libitum*, la determinación del o de los herederos o legatarios sobre la vivienda. Es cierto, pero la efectividad de las normas sobre protección a la legítima cobra virtualidad y con ello se fortalecen los vínculos familiares. La existencia de cualquiera de los sujetos comprendidos en el artículo 493 del Código Civil, limita la libertad de disposición del patrimonio a la mitad y como en la mayoría de las economías domésticas familiares de nuestro país, la vivienda de residencia permanente representa más del 50% de todo el patrimonio a transmitir por causa de muerte, en esa misma mayoría los legitimarios tendrán asegurados al menos la mitad del inmueble, con las ventajas que ello le pueda representar, sin verse postergados por convivientes, ya sean estos familiares o no del titular.[46] Por otro lado, las alternativas que el propio Decreto-Ley ofrece de adquisición de un inmueble por vía de compraventa o donación, pudieran acomodar mejor los intereses familiares y la redistribución más justa del patrimonio hereditario, pues de existir dinero en metálico en el caudal que permita la adquisición a título oneroso de una vivienda, evitaría la litis o contienda sobre la única vivienda transmitida por causa de muerte, lo cual era imposible antes de la modificación operada. La distribución del caudal hereditario permite hoy día que herederos que no se adjudiquen la vivienda puedan enajenar otros bienes hereditarios, o con el dinero existente en el caudal, hacerse de una vivienda propia, sin ambages legales. Ello, sin negar que de existir común acuerdo entre los coherederos cabría la posibilidad de enaje-

[45] *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B.: "Paliativos jurisprudenciales y notariales a la transmisión *mortis causa* de la vivienda a favor de menores que no la ocupan", *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Perú, vol. 12, 2011, pp. 309-332, *passím.*

[46] Reconozco que en situaciones de cotitularidad, tal proporción disminuiría sensiblemente, porque al tener derecho a la mitad del patrimonio del causante, de reducirse este a una cuota sobre una vivienda, tal mitad se concretará en el 50 % de dicha cuota, pero también habrá casos, –y ello se excede de un análisis puramente jurídico–, de sujetos que no tengan nada que transmitir por causa de muerte, luego los legitimarios serán solo en potencia, pues en ausencia de patrimonio hereditario, qué legítima podrán reclamar.

nar los derechos hereditarios, y con el precio obtenido por la compraventa de dichos derechos sobre la vivienda que fuera del causante y de otros bienes hereditarios, adquirir para sí más de un heredero su propia vivienda, más modesta, eso sí, pero que satisfaga las apetencias de cada uno de ellos, interesados en tener su propio hogar en el cual puedan idóneamente educar a sus hijos.

Transmisión por causa de muerte de enseres de uso doméstico: dudosa constitucionalidad

También la Constitución dispone que la ley reconoce el derecho sobre la herencia de los demás bienes de propiedad personal. En esta forma de propiedad, reconocida *ex* artículo 22 del propio texto constitucional se sustenta en el orden dogmático el derecho a causar y suceder *post mortem*, *ergo* hoy día estaría en franca "crisis" la fórmula legislativa regulada en los artículos del 542 al 544 del Código Civil, que a tono con el legislador de la Ley General de la Vivienda, reguló la transmisión de bienes de uso doméstico a convivientes y que ha motivado una fuerte crítica desde la doctrina cubana. En tal sentido, la profesora Panadero de la Cruz expresa que:

> "La intervención legislativa sobre el contenido del derecho a la herencia, ha de respetar el contenido esencial de ese derecho, y en caso contrario, estaríamos ante una tutela formal de un derecho, pudiendo argumentarse entonces diversidad de razones para incluir determinadas normas en el ordenamiento jurídico, como serían por ejemplo las ya referidas sobre el porqué de la inclusión de las normas que regulan la transmisión de bienes de uso doméstico a convivientes, alejándose del contenido esencial del derecho a la herencia que sanciona el artículo 24 de la Constitución, que bien vale reiterar que expresa el reconocimiento del derecho de herencia sobre la vivienda y demás bienes de propiedad personal, quedando claro que este derecho es a los herederos, sean legales o testamentarios, como la ley civil dispone que pueden ser, sin que la Constitución se refiera al derecho de los convivientes, y menos no herederos.
>
> "El legislador cubano fue más allá de los límites del contenido esencial del derecho constitucional a la herencia, situándose en una posición extrema que llega a regular el destino de los bienes de uso doméstico en una vivienda, disponiendo un derecho prevaleciente de la persona del conviviente heredera o no, sobre el derecho del o de los demás herederos no convivientes, y estoy en este caso, defendiendo el espíritu y la letra de la Constitución, como Ley Suprema del Estado y llamando a la defensa de la legalidad socialista, que es defender, en primer término, la Ley de leyes.
>
> "(…) ¿cómo entender entonces los límites que el legislador cubano, al enunciar las normas que regulan la transmisión de bienes de uso doméstico ha puesto, de manera tal, que si se hace un testamento, resulta válido

porque se han cumplido las exigencias legales, y se dispone de un bien como legado a favor de una persona, pero ésta no tiene la condición de conviviente, no se cumpla ese mínimo de voluntad del individuo sobre un bien que es de su propiedad personal, y sólo reciba el legatario el valor de dicho bien, porque éste sea 'indispensable' para la continuación de la vida doméstica?

"¿Cómo entender, asimismo, el contenido del artículo 543 del Código Civil, que beneficia con los bienes de uso doméstico al ocurrir el deceso de su titular, a cualquier persona, aunque no sea heredera, si la propia ley establece un orden de parientes llamados a suceder *ab intestato*?

"¿Cómo entender, que existiendo una norma constitucional que reconoce el derecho a la herencia, ésta se reduzca, tratándose de bienes de uso doméstico, a que se reciba por los herederos una indemnización, muchas veces no correspondida con el valor real o afectivo de los bienes?"[47]

Ciertamente, desde 1987, el legislador del Código Civil pone en entredicho al constituyente, al invadir el contenido esencial del derecho a la herencia, dado que los bienes indispensables para el mantenimiento de la vida en el hogar, que durante años han sido sustrato básico de la vivienda que se transmite por herencia, se han transmitido según estas reglas de alcance especial, que llevan a configurar un estatuto *sui géneris*, en un ordenamiento jurídico en el que la sucesión se transmite según una pluralidad de regímenes constituidos a partir de cada una de las formas de propiedad, reguladas constitucionalmente, que por su naturaleza admiten transmisibilidad por causa de muerte de los bienes adscritos a dichas formas de propiedad (dígase la propiedad de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la propiedad personal).

Pretender mantener este *status quo*, pulveriza el derecho a la sucesión que el constituyente formula en el artículo 24. Suprimida la primacía de los derechos derivados de la situación jurídica de ocupación, reconocida y atendida con preferencia por el legislador de la Ley General de la Vivienda, no hay razón hoy día para sustentar este privilegio legal de transmisión por causa de muerte, no a título de herencia, ni de legados, de los enseres domésticos, por demás una parte importante en el caudal patrimonial de una buena parte de los cubanos, sustraídos dichos bienes *ex lege*, a favor de los ocupantes del inmueble del causante, que se "justificó", injustificablemente durante décadas, pero que no tiene hoy día razón de ser tras la aprobación del Decreto-Ley 288/2011, en que la ocupación se sumergió en el baúl de los recuerdos. Dudo que estas normas del Código Civil hoy superen un test de constitucionalidad, si es que se pretendiera medir el pulso de su eficacia.

[47] *Vid.* Panadero de la Cruz, Ediltrudis: Capítulo XVII "Transmisión por causa de muerte de los enseres de uso doméstico", en *Derecho de Sucesiones*, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, t. III, pp. 198-199.

Constitución y legítima asistencial

La legítima y los legitimarios reconocidos en los artículos 492 y 493 del Código Civil no tienen alcance constitucional *per se*. A diferencia del constituyente de 1940, cuyo itinerario histórico hemos tratado en estas líneas, el de 1976 no constitucionaliza la legítima. Se limita a reconocer el derecho de disponer por causa de muerte de la vivienda, propiedad personal, y de otros bienes de similar naturaleza, así como los relativos al pequeño agricultor y a ciertos bienes y aportes en las cooperativas agropecuarias. Compete al legislador ordinario fijar el contenido, alcance y límites de la facultad de disponer por causa de muerte, implícita eso sí en el texto del artículo 24 de la Constitución.

La legítima que reconoce el Derecho cubano, si bien excepción y no regla, ha de entenderse como un paliativo a la especial situación de su destinatario, sobre todo de cara a sus derroteros tras la muerte de sus familiares más cercanos que son su sostén. Por ello, sabiamente el legislador no enunció a modo de *numerus clausus* el contenido de la dependencia económica del causante.

El plexo de valores de una norma legal es el principal sostén de su propia eficacia y viabilidad. El ordenamiento jurídico no es solo una amalgama de preceptos legales *stricto sensu*: en él desempeñan una actuación, nada secundaria, los valores, y ellos deben ser rescatados y situados en el lugar que les corresponde. En el último de los apartados de la parte expositiva (POR CUANTOS), el legislador del Código Civil deja esclarecido que este cuerpo normativo ha de "estimular la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad", lo cual no es sino expresión del principio de solidaridad en las relaciones jurídicas civiles, dentro de las que se sitúan las de naturaleza sucesoria, valor de alcance constitucional, implícitamente comprendido en los preceptos de la Carta Magna. Cualquier interpretación de las normas contenidas en la Constitución y en el Código Civil ha de ser conforme con este principio, inmanente a la sociedad cubana, y qué mayor solidaridad que la que fomenta e incentiva el legislador de este último cuerpo legal entre los miembros de la familia (ciertos parientes consanguíneos y el cónyuge) en sede sucesoria, cuando uno de ellos es dependiente o vulnerable económicamente, por disímiles razones, entre las cuales han de ubicarse ciertas discapacidades (en las que las intelectuales ocupan un sitial no menos significativo).

Eso sí, la legítima asistencial, regulada en el Código Civil cubano, ha de ser interpretada y aplicada en los justos límites de su existencia. La condición de legitimario asistencial es excepcional. Por naturaleza la mayoría de las personas no son vulnerables económicamente, ni con discapacidad, ni dependientes económicamente. ¡Ojo!, que tampoco es desdeñable el número de personas que se ubican en este círculo concéntrico. Empero, un análisis objetivo me dará la razón de que la condición de legitimario asistencial es excepcional, hoy día en una buena parte de las sucesiones que tramitamos los notarios no hay especialmente protegidos. Lo digo en términos matemáticos, con cierta

relatividad porque tampoco es que resulte "de laboratorio" la presencia de un legitimario en un proceso sucesorio. La interpretación jurisprudencial de casos resueltos en este orden no es despreciable.[48] En el preámbulo del Código Civil y a modo, si se quiere decir de interpretación auténtica, el propio legislador hace referencia a ello cuando expresa: "…en el ámbito del Derecho hereditario, (se) establece la libertad de testar, que solo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador", o sea, el principio que incardina el Derecho sucesorio cubano es el de la libertad de testar; la limitación de esta es excepcional, pues excepcional también lo es la condición de legitimario, al cualificarse esta y ser de apreciación judicial o notarial el cumplimiento, a la muerte del testador, de los presupuestos para revestirse de esta condición o cualidad. Acentuada además por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, entre las que destaca la Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart) al expresar que "...debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde *sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte*". De este modo, la legítima funciona como una cortapisa a la libertad de testar, al inscribirse entre las de naturaleza negativa o de freno, coarta la libertad dispositiva del testador; pero razones y valores como el de *pietas* o solidaridad familiar la justifican. No hay que perder de vista, que la legítima, y más aún la de naturaleza asistencial, refuerza los derechos de naturaleza sucesoria y le da una función social a la herencia, al menos en lo que concierne a la parte indisponible. Como dice Marcelo Salomón en la doctrina argentina, "el valor 'solidaridad' es el fundamento que completa el *tandem* axiológico que condiciona a la reglamentación del derecho de familia y (…) al derecho sucesorio", "(e)n las familias, cada integrante 'asiste solidariamente' a los restantes miembros del grupo y a la vez 'son asistidos' por aquellos que integran el grupo. En las familias el valor solidaridad se desarrolla por la propia dinámica de los vínculos que une a los protagonistas, y como tal, repercute en la sociedad toda".[49]

El legitimario cubano, a diferencia de cualquier otro legitimario lo es no solo porque es perceptor de una parte del acervo hereditario, como *pars bonorum*, como comunero hereditario, con derecho a una parte del activo hereditario. No se trata de un acreedor, ni tampoco de un alimentista. Su condición de legitimario tiene un fin tuitivo, protector en razón, o bien de una

[48] Colígese de la última edición del *Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, y de las acotaciones jurisprudenciales a los artículos 492, 493 y 495 que en él se contienen.

[49] Salomón, M.: ob. cit., pp. 436-437.

discapacidad permanente de tipo intelectual de moderada a severa, o de una discapacidad sensorial o física o psíquica, de moderada a profunda que le impida ejercitar sus capacidades y potencialidad, de modo que en comparación con las demás personas, pueda obtener recursos económicos que le permitan satisfacer sus más apremiantes necesidades económicas, o haya recibido por otros conceptos como el de herencia o el de donación, un patrimonio con entidad suficiente para la satisfacción de esas necesidades que a mi juicio pueden ir más allá de aquellas propias, vinculadas con los alimentos en un concepto técnico, sino que podrían entenderse en la satisfacción de necesidades espirituales y estéticas del individuo que le permitan su integración como un ser social más.

No es una condición que esté vinculada con exclusividad con la sangre o el matrimonio, aunque la una o el otro sean un presupuesto, a modo de alternativa, que hoy por hoy, resulten *sine que non* para superar el test de la especial protección. Hay que probar que además de tales requerimientos se cumplen los otros dos, a modo de yuxtaposición, según la exigencia que con tono imperativo reclama el legislador del Código Civil en los pocos trazos de su boceto y en lo que tantas veces ha insistido el Tribunal Supremo en los razonamientos de los considerandos de sus sentencias en función develadora del rostro de la figura en estudio. En su Sentencia No. 232 de 24 de marzo del 2003, primer Considerando (ponente Acosta Ricart), se deja sentado que la recurrente "…no aportó ninguna prueba encaminada a demostrar tener tal cualidad, pues debe señalarse que en su caso *no basta con ser la cónyuge sobreviviente del mismo, sino además no estar apta para trabajar y haber dependido económicamente de aquel* (…)". Luego, mucho más explícito en la Sentencia No. 484 de 31 de julio del 2003, segundo Considerando, de la propia ponente, al dejar sentado que "…la aplicación del precepto señalado como infringido (artículo 493) *requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto* (…)".

El perfil social de la legítima asistencial resulta indudable. El legislador ordinario refuerza el espíritu solidarista del constituyente. La legítima no se sustenta únicamente en la superación del test de la sangre o en la existencia del vínculo matrimonial. En todo caso, se hace imprescindible la prueba de los requisitos objetivos, imprescindible para alcanzar la condición de legitimario, solo así se justifica la limitación de tal facultad. En una reciente sentencia lo ha confirmado el Alto Foro (Sentencia No. 178 de 30 de abril de 2013, único Considerando, de la que fue ponente Acosta Ricart): "…se aprecia que por el artículo cuatrocientos noventa y tres inciso uno del Código Civil se establece como requisitos para ser considerado heredero especialmente protegido que la persona de que se trate no esté apto para trabajar y que dependa económicamente del testador; circunstancias que han de concurrir de conjunto, en tanto, si faltara una de ellas no se alcanzaría esa especial condición; relacionándose en el propio

precepto con posibilidad a alcanzar esa categoría, a los hijos o sus descendientes siempre que hubieren premuerto los primeros, el cónyuge sobreviviente y los ascendientes; en el caso está probado y así quedó establecido (…), que la actora estaba casada legalmente con el testador, que no estaba vinculada al trabajo, pero además que al momento de fallecer su esposo concurría en la misma inaptitud para trabajar esencialmente por razón de la edad, pues contaba entonces con sesenta y seis años; todo ello, unido a la dependencia económica del testador, lo que incluso motivó que le fuera concedida pensión por la Seguridad Social como viuda del mismo; de donde, al concurrir en su persona las condiciones que se exigen por el precepto legal antes mencionado, no cabe dudar que la misma debe ser considerada heredera especialmente protegida de su fallecido esposo".

A modo de epítome

La Constitución marca las pautas de aplicación e interpretación del Derecho, de la que no escapa el Derecho civil. La constitucionalización del Derecho civil, y con ello también de las sucesiones, ha llevado a repensar las fórmulas con marcado interés patrimonialista en el que el Derecho civil se ha visto reflejado, para acentuar y redescubrir su vocación personalista, precisamente a partir de los derechos fundamentales como pieza clave del nuevo sistema.

El Derecho de sucesiones constitucionalizado supone la necesaria flexibilización de los rígidos moldes en los que se ha erigido, en pos de soluciones más atenuadas y adecuadas a los requerimientos sociales. Principios como el de solidaridad familiar, el de igualdad, el de no discriminación, el de justicia informan el Derecho de sucesiones moderno. Como nos ha recordado el Tribunal Constitucional peruano: "si algo demuestra el estudio de las instituciones fundamentales del Derecho Civil es su intrínseca politicidad, en cuanto conformadoras de la sociedad de manera estrecha y con largo alcance en el tiempo. Para conformación a partir y desde la Constitución, el Derecho Sucesorio debe encontrarse acorde con las instituciones y valores en materia de organización económica y social; enfocarlo de modo contrario implicaría soslayar su esencia, pues el Estado puede obrar por vía de limitación o de imposición de deberes o cargas para que sus disposiciones puedan desenvolverse en el sentido que al interés público convenga".[50]

[50] *Vid.* Sentencia de 17 de marzo de 2010 (fundamento 13º, primer párrafo) del Tribunal Constitucional del Perú, ya referenciada.

Repensando a interpretação das leis processuais civis

Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti*

Colocando o problema

De passagem por Madri há algumas semanas atrás, travei contato com o *Derecho Procesal I. Introducción* escrito pelo Professor Catedrático da Universidade de Barcelona Jordi Nieva Fenoll. Quando a leitura começava a embalar, me deparei com o seguinte trecho acerca da interpretação das leis processuais: "*...la interpretación de las leyes procesales no difiere de la de cualquier otra ley.* Pero debe tenerse un extremo cuidado y control sobre ellas para que las mismas no acaben deviniendo inútiles por culpa del uso forense y de la juriprudencia".[1]

Durante o resto da viagem, minha cabeça não descansava, de alguma forma, ainda que intuitiva, não conseguia concordar com a afirmação de que a interpretação das leis processuais não difere da interpretação das demais leis. Ora, pensava eu, a interpretação das leis materiais não pode ser feita da mesma maneira que a interpretação das leis processuais, são normas distintas, com objetivos distintos. Resolvi deixar a questão de lado até o retorno ao Recife.

De volta ao escritório, abri o tradicional livro de *Teoria Geral do Processo* dos Professores Antônio Carlos de Aráujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco para saber sua opinião sobre a interpretação das leis processuais civis. Para minha surpresa, encontrei no manual as seguintes lições: "*A interpretação e a integração da lei processual estão subordinadas as mesmas regras que regem a interpretação e a integração dos demais ramos do direito (...) as peculiaridades da lei processual não são tais que sigam a utilização de cânones especiais de interpretação*: bastam que sejam perquiridas e reveladas, levando em consideração as finalidades do processo e sua configuração sistemática. Daí o entendimento prevalecente entre os processualistas no sentido de acentuar a relevância da interpretação sistemática da lei processual. Os princípios gerais

---

* Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) com MBA em Direito Empresarial pela FGV, Mestre em Direito Privado pela UFPE e Doutorando em Direito Processual Civil pela UNICAP-Universidade Católica de Pernambuco.

[1] Nieva Fenoll, Jordi: *Derecho Procesal I (Introducción)*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 39.

do processo, inclusive aqueles ditados em nível constitucional, estão presentes em toda e qualquer norma de direito processual, e à luz dessa sistemática geral todas as normas processuais devem ser interpretadas".[2]

Os professores de São Paulo, como visto acima, entendem que a interpretação da lei processual está adstrita às mesmas regras que regem a intepretação dos outros ramos do Direito, mas dão um passo a frente em relação ao mestre espanhol quando defendem a necessidade de uma interpretação sistemática em observância aos princípios constitucionais do processo.

No Ceará, o professor José de Albuquerque Rocha, seguindo a mesma linha defendida pelos pares de São Paulo, também defende a inexistência de uma metodologia própria para a interpretação do Direito Processual: "se a interpretação do direito é uma espécie desse gênero de atividade mental que chamamos de hermenêutica, segue-se que *a interpretação do direito processual não apresenta particularidades dignas de nota, no quadro da interpretação jurídica.* Desse modo, não se deve supor que o direito processual exige um método particular de interpretação, que fuja aos padrões convencionais da interpretação jurídica em geral".[3]

A pergunta persistia: normais processuais devem ser interpretadas de forma distinta das demais normas do Direito? Em Cuba, Rafael Grillo Longoria também se perguntava: "¿existen normas específicas para la interpretación del derecho procesal?" e ele mesmo respondia: "la doctrina no ha elaborado una teoría especial para la interpretación de las leyes procesales. Los códigos y leyes procesales, en general, carecen de normas especiales de interpretación, atendiéndose a las que se sirven para las demás ramas del derecho".[4]

Hans Kelsen, no capítulo sobre a interpretação da sua Teoria Pura do Direito faz considerações interessantes sobre a interpretação, tangenciando o objeto do presente artigo. Vejamos: "a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese de interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei sua aplicação no caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta –no processo legislativo, ao editar decretos ou outros

---

[2] de Araujo Cintra, Antonio Carlos; Pellegrino Grinover, Ada e Cândido Rangel Dinamarco: *Teoria Geral do Processo*, 31ª edição, revista e ampliada, RT, São Paulo, pp. 132 e 133.

[3] De Albuquerque Rocha, José: *Teoria Geral do Processo*, 8ª edição, Atlas, São Paulo, 2006, p. 61.

[4] Grillo Longoria, Rafael: *Derecho Procesal Civil I – Teoría General del Proceso Civil*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, p. 23.

atos constitucionalmente imediatos– a um escalão inferior; e uma interpretação dos tratados internacionais ou das normas do Direito Internacional geral consuetudinário, quando estas e aqueles têm que ser aplicados, num caso concreto, por um governo ou por um tribunal ou um órgão administrativo, internacional ou nacional. E há igualmente uma interpretação de normais individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc., em suma, de todas as normais jurídicas, na medida em hajam de ser aplicadas".[5]

Kelsen deixa claro que quando se pensa *a priori* em interpretação de lei está se imaginando a operação mental que analisa normas de Direito material para daí se extrair soluções para os casos concretos. Contudo, não esquece o professor Vienense que outros tipos de normas também precisam ser interpretadas, como, por exemplo, as normas constitucionais. Fica clara a necessidade de se interpretar de forma diversa normas jurídicas de diferentes ramos do Direito, com hierarquias diferentes e aplicadas por órgãos diversos. Não há como negar serem distintas as necessidades de se interpretar, por exemplo, normas da Constituição, do Código Civil e do Código de Processo Civil. A doutrina não discute o tema de forma aprofundada. O problema plantado persiste: há efetivamente uma metodologia distinta de interpretação das leis processuais civis ou estas devem ser interpretadas da mesma forma que se interpretam as demais leis do ordenamento jurídico, em especial, as leis de Direito material? É o que se tentará esclarecer na sequência.

Passando pela doutrina

Um antigo professor Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife, já esquecido nos dias atuais, traz lições interessantes sobre a distinção entre Direito substantivo e Direito adjetivo, entre Direito Material e Direito Processual. Methodio Maranhão, em 1919, já lançava luzes interessantes sobre o tema: "Para que o Direito possa se realizar não é suficiente que sejam enunciados os seus preceitos de modo claro e preciso, como em geral se faz nas leis e nos códigos. Ahielle se compõe de regras e normas abstratas que só se realizam quanto tem de ser aplicado em vista das pessoas que o invocam, e do facto com a relação jurídica que ele regula. Dadas estas circunstâncias, o Direito na maioria dos casos se exerce e se realiza voluntariamente, sem que surjam duvidas nem conflitos, entre as pessoas que dele se socorrem. Muitas vezes, porém, essa realização não se pode dar tão facilmente. Há dificuldades, há oposições a vencer. As vezes é a resistência em cumprir uma obrigação que fazia objeto do direito alegado, outras vezes é a ofensa direta ao próprio objeto do direito, e em alguns casos, até uma simples duvida, uma incerteza na existência e

[5] Kelsen, Hans: *Teoria Pura do Direito*, tradução João Baptista Machado, Martin Fontes, São Paulo, p. 387.

aplicação do direito que se pretende". E mais na frente continua: "a ofensa ao direito não se dá sempre de modo claro e positivo. Há antes de tudo a necessidade de verificar a existência do direito, a realidade e a extensão da ofensa alegada. *E nessa indagação aparecem dois interesses opostos; de um lado de afirma o direito e a sua transgressão e do outro se negam esses factos ou se alegam direitos contrariados, há assim uma espécie de luta a que se tem dado a denominação de luta jurídica. É a isto que se denomina 'processo', e que se pode defínir o sistema de meios práticos para verificar e assegurar a existência e a realização do direito*".[6]

Isso fez com que a doutrina construísse uma classificação interessante: "o Direito se acha formulado em preceitos abstratos, isto é, sem aplicação determinada. Quando tem de tomar uma forma concreta ou quanto tem que ser aplicado, precisa de outras regras, de outros preceitos para esse fim. D`ahi uma distinção entre leis constitutivas do Direito, e leis organizadoras do processo. As primeiras chamam-se geralmente leis substantivas e as segundas, leis adjetivas (...) assim as leis substantivas são aquelas que contem o Direito em sua substancia. O direito independentemente de sua forma de aplicação. Tais são o direito constitucional, o civil, o comercial e o criminal. As leis adjetivas são aquelas que tem for fim regular o de aplicação de realização das leis substantivas, são as que constituem o direito processual". Linhas há muito esquecidas, porém esclarecedoras: "Há assim uma diferença característica entre estas duas espécies de lei. A lei substantiva tendo por fim dar o direito em sua essência, nada dispõe sobre o modo de sua aplicação. Ella indica o direito e as relações jurídicas de forma abstrata, refere-se mesmo à sua extensão e consequência, declara as espécies e os meios de prova admitidos, chega às vezes a designar a ação, ou forma processual que servirá para garantir o direito expresso, mas não dá determinações sobre essa forma, não indica o modo, o termo e as condições do exercício dela, não decidem sobre os juízes e demais funcionários que presidem e auxiliam esse exercício. Essas ultimas disposições pertencem exclusivamente às leis adjetivas ou do processo".[7]

Parece certo para o citado Professor a necessidade de se distinguir as normas de Direito Material das normas de Direito processual, pois cada uma delas têm funções distintas no ordenamento jurídico. Anota o mestre da Faculdade de Direito do Recife que a distinção entre leis subjetivas e adjetivas se deve a Jeremias Bentham que no seu Tratado de Legislação Civil e Penal assim escreveu: "leis adjetivas (...) é o nome que eu daria às leis do processo, afim de poder designar por uma palavra correlativa às leis principais de que temos tantas vezes necessidade de as distinguir. As leis do processo não podem se conceber sem essas outras leis que elas tendem a fazer observar. Quem entende o sentido

---

[6] Maranhão, Methodio: "Direito Processual (Lições de teoria geral do processo)", *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Ano XXVII, 1919, 2ª edição, pp. 56-58. Recife: Typ. EmprezaDiario da Manhã S.A, 1937.

[7] Maranhão, Methodio: ob. cit., pp. 636-650.

dessas duas palavras em gramática não pode deixar de entender o sentido que eu quero lhes dar em jurisprudência".[8]

Fica clara a existência de uma distinção entre normas de direito processual, com a finalidade de permitir a aplicação das normas de direito material e consistentes na regulação de uma sequência de atos que permitam chegar a uma decisão de mérito, e as normas de direito material propriamente ditas que regulam de forma abstrata as condutas das pessoas. Disso se extrai que as origens do processo talvez sejam anteriores à própria constituição do Direito material, pois já se afirmou que nas tribos primitivasos integrantes do grupo se dirigem à figura do chefe tribal para ter seus problemas resolvidos, ou seja, há um rito processual estabelecido. Contudo, o Direito material é aplicado pelo chefe, ainda que não esteja expresso em norma escrita. As normas de processo têm uma finalidade primária diferente daquela objetivada pelas normas de Direito material.

Na doutrina nos deparamos com lições muito interessantes e aprofundadas sobre a interpretação da lei postas no Manual de Direito Processual Civil do Professor Adolf Wach. O capítulo III do primeiro volume de sua obra apresenta muita informação sobre a matéria, vejamos: "la teoría de la interpretación de la ley (hermenéutica jurídica) es la teoría de la determinación del contenido de la ley. Esta labor no es únicamente asunto de la técnica, de la destreza y de la práctica, sino también de la doctrina científica. Está regida por principios, ya sea derivados por derecho positivo, o derivados de la naturaleza de la cosa, de la esencia de la ley y de la tarea interpretativa".[9]

Wach faz considerações interessantes, quando afirma que se atribuir a um Tribunal Supremo a faculdade de interpretar de forma vinculante para os juízos inferiores, faz com que este órgão esteja exercendo, em verdade, função legislativa. Volta-se para a finalidade da interpretação, ao afirmar: "ella tiene en la ley no solamente su objeto, sino también, su límite. Lo que ha llegado a ser la ley no puede establecerse como contenido de ella. Pero lo único que ha podido llegar a ser ley es el contenido posible y real, del pensamiento de las palabras de la ley".[10]

O referido professor segue lançando ideias importantes sobre ser a lei uma força viva constante que necessita de constante vigência. Ressalta a necessidade de uma interpretação histórico-filológica, ressaltando que a finalidade perseguida com a interpretação e colocar em claro a vontade da lei e arremata dizendo: "...preséntese cualquier pasaje de la CPO a un profano y en seguida se advertirá que la supuesta evidencia es ilusoria (...) [por más que el edicto del pretor sea manifiesto, no hay que descuidar su interpretación] las leyes

---

[8] Maranhão, Methodio: ob. cit., p. 65.

[9] Wach, Adolf: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, s.a., vol. I, pp. 353 e 354.

[10] Wach, Adolf: ob. cit., p. 354.

que rigen el pensamiento, la esencia racional de la ley, la finalidad de la misma (elemento racional), la sistemática y lógica del ordenamento jurídico en su estructura global, dentro de la cual están articuladas las distintas normas y por la cual se codetermina su contenido (elemento sistemático), el idioma y especialmente el lenguaje jurídico, la terminologia efectiva de la ley, de la cual forma parte la disposición a interpretarse (el elemento linguístico: lexical, sintáctico y estilístico), las conecpciones jurídicas y conceptos que gobiernan efectivamente la forja de una ley y la época de la misma (elemento histórico) todos estos son medios para conocer la voluntad de la ley".[11]

Depois de explorar as linhas gerais da interpretação, Wach passa a tratar do que ele chama de labor interpretativo em particular. Nesta parte do trabalho, o professor alemão traz diversos exemplos interpretativos de normas da ordenação processual civil alemã, tratando da dedução lógica, da argumentação a contrário senso, antinomia entre leis, analogia, interpretação sistemática, etc. Todos os exemplos postos nesta parte do trabalho versam sobre o direito processual civil alemão, apesar de não haver a defesa de uma metodologia própria para a interpretação das leis processuais.

Na seção subsequente, intitulada "terminologia da lei", o professor tedesco passa a explicar a interpretação idiomática, afirmando que o CPO (código de processo civil do império) não possui uma terminologia firme que possa ser observada em todo o seu texto isto em função de uma técnica legislativa ainda incipiente. Passa então a dar diversos exemplos de falhas redacionais no CPO (código de processo civil do império), defendendo a necessidade de uma legislação processual padrão para toda a Alemanha.[12]

Da leitura das lições de Wach pode-se perceber, ainda que não expressamente dito no texto, uma forma peculiar de interpretar as normas processuais civis. Apesar de tratar da interpretação de forma geral, em texto longo e denso, todos os exemplos lançados pelo professor alemão são extraídos do Direito Processual.

Como isso pergunta-se: o que seriam normas processuais?

José Mª Asencio Mellado, Professor Catedrático de Direito Processual da Universidade de Alicante, ensina que são normas de natureza processual: "1. Aquellas que lo sean por su contenido. Esto es, las que regulan materias procesales y tienen por objeto el proceso afectando, pues, a los órganos jurisdicionales, sujetos procesales, actos procesales y regulación del processo. 2. Las que merezcan tal calificación por su finalidad. Serán procesales, por tanto, aquellas que tiendan a disciplinar la actividad procesal del órgano jurisdicional y de las partes, bien mutuas o bien en relación con el objeto de proceso. (...) En especial, y como critério de diferenciación, serán materiales las que incidan en el contenido de la sentencia y procesales las que establezcan la procedencia de la misma

[11] Wach, Adolf: ob. cit., pp. 372 e 373.
[12] Wach, Adolf: ob. cit., pp. 393-418.

(Gómez Orbaneja). 3. Las que deban producir efectos en el proceso. Tendentes, por ello, a producir sus consecuencias en el seno del proceso cualquiera que sea el lugar en que el lacto generador se haya realizado (Cordon Moreno)".[13]

Já Eduardo Couture responde a essa questão dizendo que o importante "é a essência processual ou não processual da lei. Se esta, por seu conteúdo, inclina-se a descrever esse tipo tão especial de relação continua e dinâmica que chamamos processo, revelado por uma noção de marcha que vai desde a petição inicial até a execução; se encontrarmos na lei essa marca; se acharmos nela a descrição de como se deve realizar ou ordenar o conjunto de atos tendentes a obter uma decisão judicial suscetível de ser executada, coativamente, pelos órgãos do Estado, essa lei será processual e como lei processual deverá ser tratada".[14]

Normas processuais, vê-se claramente, têm finalidade primária distinta das normas que regulam as relações materiais, enquanto estas objetivam determinar a conduta das pessoas e pacificar os conflitos sociais, aquelas têm por objetivo primordial dar efetividade às normas de Direito material, em especial, nas situações de conflito. Ou seja, o processo tem por objetivo aplicar no conflito as normas de Direito material.

Como explica o mestre Lopes da Costa: "o processo é um conjunto de atos que se sucedem evoluindo para um ato final –a sentença– por todos eles visado. Nela há, assim, um movimento. (...) A interpretação da lei processual não difere da interpretação de qualquer outra lei. Para alcançar o significado de uma palavra ou o significado de uma proposição, regra é ter me vista o conjunto do texto: "In civile est nisi tota lege perspecta judicare ve respondere"(Digesto, 1, 3, 24)".[15]

Neste momento uma encruzilha se apresenta. Se por um lado Hans Kelsen e Adolf Wach –ainda que não expressamente– dão a entender que pode existir uma metodologia própria para a interpretação das leis processuais, por outro lado, professores como Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco, Jordi Neva Fenoll, Lopes da Costa, entre outros, afirmam peremptoriamente que as leis do processo civil devem ser interpretadas da mesma forma que as outras leis. Não haveria nenhuma especificidade a justificar uma metodologia própria para esse ramo do Direito. Será? Resolvo buscar resposta entre outros ramos do Direito.

Espicho os olhos para o Direito Penal e lá encontro as palavras de Heleno Cláudio Fragoso: "Interpretar é estabelecer o seu conteúdo e significado. Não existem regras específicas para a interpretação da lei penal, motivo pelo qual, valem para o direito punitivo, os mesmos princípios que regulam a

[13] Asencio Mellado, José Mª: *Introducción al derecho procesal*, 6ª edición, Tirantlo Blanch, Valencia, 2015, p. 27.

[14] Couture, Eduardo J.: *Interpretação das leis processuais*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1994, pp. 36 e 37.

[15] Lopes da Costa, Alfredo de Araújo: *Direito Processual Civil*, Edição Revista, aumentada e atualizada, Forense, Rio de Janeiro, s.a., vol. I, p. 241.

interpretação nos outros ramos do Direito, com as únicas limitações impostas pelo princípio da reserva legal e o emprego da analogia".[16]

No Direito Tributário me deparo com Alfredo Augusto Becker que explica os "mitos e superstições na interpretação das leis tributárias" da seguinte forma: "o problema jurídico tributário que, no passado, mais apaixonou os estudiosos do Direito Tributário foi o da interpretação das leis tributárias. Por imaginarem que as leis tributárias deveriam ser interpretadas de modo diferente e com método especial, correram rios de tinta, pró e contra o Fisco, inundando bibliotecas e afogando advogados e juízes num remoinho de teorias e sutilezas muito belas e sonoras, no plano filosófico, político, financeiro e retórico, porém sem densidade jurídica. Modernamente, para a tranquilidade de todos, chegou-se à conclusão, tão verdadeira quanto simples, que as leis tributárias são regras jurídicas com estrutura lógica e atuação dinâmica idênticas às das demais regras jurídicas e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de intepretação jurídica e não existe qualquer peculiar princípio de interpretação das leis tributárias".[17]

O problema persiste e a lição que colho dos mestres vai de encontro à minha intuição. Da forma como o Direito Processual Civil e suas normas se apresentam hoje, em especial por se tratar de um direito adjetivo, instrumental, não consigo imaginar que a metodologia ou a forma de interpretá-lo seja exatamente a mesma aplicável aos demais ramos do Direito. E mesmo se assim o for, o objetivo da interpretação não pode ser idêntico, visto que Direito material e Direito Processual tem uma função primária distinta, como já afirmando acima. Nosso passeio pela doutrina continua.

Jonatas Milhomens referindo Adolfo Schonke deixa claro que as leis processuais não podem ser obstáculo por meio do qual se frustre o direito material de uma das partes e o professor chileno Urrutia Salas compartilha da mesma ideia ao dizer que para interpretar as leis processuais deve-se adotar um critério mais amplo que em matéria civil, porque se a interpretação do juiz conduz à anulação e repetição de um ato, sem nenhuma utilidade para as partes, se produz uma demora em juízo, maiores gastos além de mais atividades para o juiz.[18]

Em Giuseppe Chiovenda encontro luzes que parecem clarear a questão: "no quadro geral da interpretação, cada lei assume posição especial, ao sabor de sua natureza; assim também a lei processual. Entre os institutos jurídicos, o processo civil é o organismo mais delicado: como meio de atribuir os bens da vida por via de atuação da lei, ocupa situação centra entre os institutos de direito

---

[16] Fragoso, Heleno Cláudio: *Lições de Direito Penal*, 16ª edição, atualizado por Fernando Fragoso, Forense, Rio de janeiro, 2003, p. 97.

[17] Becker, Alfredo Augusto: *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª edição, LEJUS, São Paulo, 2002, p. 111.

[18] Milhomens, Jonatas: *Hermenêutica do Direito Processual Civil*, Forense, Rio de Janeiro, s.a., p. 109.

privado e direito público; e, pois, que é uma relação tão complexa que domina, a um tempo, o elemento jurídico, assim como o político e o social, as mais leves alterações nas condições morais, políticas, sócias do tempo refletem-se no eu funcionamento. (...) Isso torna mais fácil que em qualquer outro domínio a desarmonia entre uma norma e as necessidade da prática; porque formas concebidas para dado momento não se adaptam a outro, sem levarmos em conta, ainda que, que as classes forenses são eminentemente conservadoras, no tangente ao tecnicismo processual. (...) Na interpretação da lei processual, é notável a tarefa da doutrina: questões existem nas quais a lei não pode conferir critérios ao juiz, porque traçar normas gerais é tão dificultoso quanto passar às questões particulares. (...) Toda lei processual se informa ou se envida informar-se em certos princípios fundamentais. Destes, alguns são próprios de uma lei, ao passo que outra lei se orienta por princípios opostos. Nesses casos, o interprete pesquisará em que princípio se inspirou a sua lei e lhe invocará a norma ínsitaassim, como já vimos (...) pode uma lei ser informada no princípio da oralidade e da imediação ou no princípio oposto, no princípio da disposição das partes ou no princípio inquisitório; no princípio do impulso processual da parte ou de ofício; no princípio do duplo grau de jurisdição etc.)".[19]

O mestre italiano lista ainda alguns princípios que ele qualifica como gerais por serem aplicáveis a todas as leis modernas. Contudo, todos os exemplos lançados em suas Instituições de Direito Processual Civil são tiradas do processo civil italiano: "A) O princípio da igualdade das partes. Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições. Isso se manifesta sobretudo no princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*), repartição do ônus da prova, no princípio de que a prova contrária é um direito, nas normas asseguradoras da defesa e da comunicação recíproca dos documentos, no princípio da aquisição processual, e semelhantes. B) O princípio da economia dos processos, que mais não é que a aplicação do princípio de menor esforço à atividade jurisdicional, e não só em cada processo, mas igualmente em referência a vários processos relacionados entre si: importa obter o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividade processual. Desse princípio se origina a solicitude das leis processuais no simplificar e facilitar o curso do processo, a qual se revela, entre outros: a) Nas sanções tendentes a impedir atos inúteis ou supérfluos (arts. 345, 376, 381, 388, 445, 550, 614, 714, 716 e 807, CPC); b) Nas normas sobre a união das causas conexas (art. 98 e segs., CPC) e na *perpetuatio jurisdictionis* (adiante, Nos 204 e 256). c) No uso das preclusões (adiante, §16). d) No ministério de procurador obrigatório (CPC, arts. 156 e 350)".[20]

---

[19] Chiovenda, Giuseppe: *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª edição, Bookseller, Campinas, s.a., vol. I, pp. 129-130.

[20] Chiovenda, Giuseppe: ob. cit., pp. 130-131.

Chiovenda parece dissentir de Wach e Lopes da Costa, ainda que timidamente, quando afirma que cada lei ocupa um lugar especial no quadro geral da interpretação e passa a defender que a interpretação da lei processual deve ser orientada por princípios próprios. Ora, se são os princípios do processo, como, oralidade, impulso processual da parte, duplo grau de jurisdição etc. que passam a orientar a interpretação da lei processual, como não se defender uma metodologia própria para a interpretação desse ramo do direito e do feixe de leis que o compõe?

Na sua Teoria Geral do Processo,[21] ao versar sobre a interpretação da lei processual, o Professor Fernando Antônio Negreiros Lima lista os principais brocardos aplicáveis à interpretação das normas processuais, alguns deles aplicáveis ao processo civil.[22]

---

[21] Negreiros Lima, Fernando Antônio: *Teoria Geral do Processo Judicial*, 2ª edição, GEN/Atlas, São Paulo, 2015, pp. 209-216.

[22] *Non debtcuipluslicet, quod minus est non licere.* O brocardo afirma que a quem se permite o mais, não se deve negar o menos (quem pode o mais, pode o menos). É regra de lógica elementar, a que, na argumentação jurídica, recorre-se com larga frequência. O Art. 998, do Código de Processo Civil permite à parte recorrente, a qualquer tempo, livremente, desistir do recurso interposto, não necessitando do assentimento de quem quer que seja (juiz, adversário, litisconsorte). Silencia, contudo, a propósito de a desistência poder ocorrer apenas em parte. A despeito da omissão legal, porém, é lícito admitir que, se o recorrente pode desistir integralmente, pode igualmente desistir de forma parcial, "desde que divisível a matéria objeto da impugnação". Suponha-se que se formulou, em primeiro grau, pedido de indenização por danos materiais, cumulado com pedido de indenização por danos morais, e, vencido em relação a ambos, apelou integralmente da sentença; nada obsta que manifeste desistência do apelo, por exemplo, apenas no que se refere aos danos morais, mantendo a irresignação quanto aos danos materiais. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Com o significado de onde a lei não distingue, não devemos distinguir também, trata-se de uma das regras de interpretação de mais intenso uso. É que, se a distinção não resulta da lei, não cabe ao intérprete estabelecê-la. *A mens legis* seria desvirtuada. Querendo-o, a lei determinará a distinção que repute necessária e oportuna. E o fará expressamente, até mesmo porque, como vimos antes, onde a lei quer, diz. É lacônica a lei processual civil ao afirmar que da sentença caberá apelação (CPC, art. 1.009). Mas expressa tudo quanto quer. Explicando melhor: na jurisdição civil brasileira, a sentença pode ser de duas espécies: (a) sentença terminativa também intitulada processual, que não resolve o mérito; (b) sentença definitiva, que resolve o mérito da causa, vale dizer, a lide. Ao tempo do CPC de 1939, tal distinção tinha relevância para efeito de determinar o recurso cabível: se a sentença fosse de mérito, o recurso a ser interposto seria, como hoje, o de apelação; na hipótese, porém de a decisão não conter resolução de mérito, o recurso adequado seria o de agravo de petição, espécie recursal atualmente extinta no processo civil pátrio, embora subsistente no processo trabalhista para cabimento em situação diversa. Como a distinção legal não se manteve, tendo o legislador optado, já desde o CPC de 1973, por se referir genericamente à sentença cível, para torná-la simplesmente apelável, não deve o intérprete, por sua vez, insinuar diferenças inexistentes da sentença cível, com ou sem resolução de mérito, caberá apelação, em princípio. As exceções, se existentes estarão necessariamente expressas em lei. *Odiosa restringenda, favorabilia*

amplianda. O brocardo assenta: restrinja-se o que for odioso, amplie-se que o for favorável. Expressa a tese de que, na interpretação de lei que estabeleça restrições a direitos, deve-se adotar uma atitude igualmente restritiva, não proclamando a existência de restrição senão onde manifestamente inteligível. Por outro lado, leis que favoreçam os direitos subjetivos e seu exercício devem ser interpretadas de modo a lhes alargar a abrangência. Essa conclusão, contudo, sofre alguma oposição doutrinária, havendo sugestão de que seu entendimento deve resumir-se a que, na hipótese de um texto normativo comportar dois ou mais sentidos diversos, deve-se preferir aquele que se mostre mais suave, que cause menos transtornos e inconvenientes. Nessa ordem de ideias, aliás a regra hermenêutica em análise encontra amparo no princípio da proporcionalidade mais propriamente na noção, inerente ao referido princípio – de *proibição de excesso*. Um exemplo, tomado a partir da legislação processual civil vigente, encontra-se na determinação de que, em havendo várias formas de se promover a execução contra o devedor inadimplente, deva-se preferir o meio menos gravoso àquele que possa se mostrar mais severo (CPC, art. 805). Em ambas as situações, constata-se a preocupação em amenizar o *modus operandi* da providência restritiva a ser cumprida. *Utile per unutile non vitiatur*. O útil não é viciado pelo inútil, proclama este aforismo, de transcendente importância em se tratando de normas processuais. De fato, entre os muitos corolários da natureza instrumental do processo, um dos mais relevantes diz respeito ao aproveitamento de todos os atos que possam ser salvos, ainda quando se tenha de decretar alguma nulidade. A relação processual vai-se formando gradualmente, à medida que seus sujeitos (juiz, partes, órgão do Ministério Público) praticam os atos que lhes correspondem, nos momentos processuais adequados. Muitas vezes, chega-se à constatação de que um vício qualquer ocorreu em algum momento do *iter* procedimental e, não havendo como sanar o defeito, impõe-se a anulação de tudo quanto se viu maculado pelo erro. Com base, porém, na orientação condensada no brocardo, apenas será objeto de anulação aquilo que não possa ser aproveitado. Os atos praticados de forma útil, que se mantenham incólumes, são preservados (CPC, art. 283, parágrafo único). Quando a lei prescreve um fim, entende-se que igualmente faculta os meios. Destaque-se, desde logo, que os meios devem ser justos e honestos. Não se vá aqui, argumentar com a justificação de quaisquer meios através dos fins! A atividade jurisdicional é atividade estatal e, portanto, submete-se à norma contida no art. 37 da Constituição Federal, mormente no que diz respeito a legalidade, moralidade e eficiência, não se concebendo, assim, autorização legal para o uso de meio ilícitos ou amorais. Muitas vezes, o legislador estabelece funções que os órgãos jurisdicionais, ou essenciais à Jurisdição, devem desempenhar. Nada obstante, a lei nem sempre detalha os instrumentos de que se valerá o órgão a quem a competência ou atribuição foi acometida. Não há aí qualquer descaso, nem daí resultará prejuízo: os meios necessários o desempenho da atribuição ou competência presumem-se concedidos. Examine-se, por exemplo, na conformidade do art. 139, CPC, a atribuição legal ao juiz, da direção do processo, sendo-lhe impostos objetivos tais como a observância da isonomia entre as partes, o rápido desfecho da causa, a prevenção ou repressão de ato que atente a dignidade da Justiça e, enfim, a tentativa de obter conciliação entre os litigantes. Não se faz menção, entretanto, a propósito de quais os meios de que poderá o julgador servir-se, para alcançar tais objetivos. Mas, não importa: impostos os fins, os meios justos e honestos estão neles compreendidos. Assim, o juiz: (a) assegurará o tratamento igualitário, por exemplo, fazendo observar sempre o contraditório, invertendo o ônus da prova, quando possível, ou, garantindo advogado a quem não o tenha, nem possa contratar; (b) cuidará para que a tramitação do processo seja rápida, sem prejuízo de ampla defesa, velando para seus auxiliares desempenhem suas

É interessante notar a influência dos clássicos estrangeiros nos processua-

funções tempestivamente, assim como instando as partes a agir, fazendo-as intimar, para tanto, sob a ameaça da sanção de preclusão; (c) exercerá seu poder de polícia, aplicando multas às partes que atuem de má-fé, indeferindo ou mandando desentranhar arrazoados ofensivos; (d) buscará alcançar a conciliação, quando a lei admita transação e as circunstâncias do caso o permitam. Não há, em resumo, necessidade impreterível de o legislador explicitar todos os instrumentos de que é dotado o juiz para cumprir sua função. *Verba com effectu sunt accipienda*. De acordo com o adágio, na interpretação da norma as palavras devem ser entendidas como produzindo algum efeito. Entende-se que o intérprete não deve presumir a existência de palavras vãs, na regra legal a ser interpretada. Não pode partir da premissa de que determinada palavra, inserida no texto, é vazia de sentido, destituída de conteúdo. Isso não significa que possa afastar completamente a possibilidade de falha na redação, já que a lei é a obra humana e o homem é, por natureza, falível. Mas também não se vai partir de pressuposição da existência do engano na redação do texto normativo. Se um vocábulo consta do texto, deve-se investigar seu sentido, primeiramente considerando-o isoladamente e depois buscando contextualizá-lo. Apenas quando efetivamente resulte comprovado o lapso do legislador, deverá o intérprete afirmá-lo. A citação é definida legalmente como o ato que convoca o céu, o executado ou o interessado a integrar a relação processual (CPC, art. 238). A um primeiro exame, poder-se-ia pensar que a menção a interessados, logo após as referências a réu e a executado, talvez fosse pleonástica, desnecessária mesmo... A final, quem pode ser ais interessado em um processo que esses dois sujeitos indicados?! No entanto, o emprego de vocábulo em exame indica a possibilidade de citação de outras pessoas, que não o réu ou o executado. Assim, por exemplo, o terceiro juridicamente interessado, que, pela citação, é convocado a compor o polo passivo da relação processual, tal como ocorre com o *litisdenunciado* (CPC, art. 126) ou com o chamado ao processo (CPC, 131). Além disso, a alusão a interessados cumpre a função de advertir que, também nos feitos de jurisdição voluntária –em que, ante a ausência de lide, não se fala tecnicamente em partes, mas em interessados–, faz-se necessária a citação, para que se respeite o devido processo legal. *Actus, non a nomine sedab effectu, indicatur*. O significado do brocardo é de que o ato deve ser julgado (deve ser examinado) não em razão de seu nome, mas dos efeitos que produz. Embora o rigor terminológico e a precisão conceitual sejam exigências científicas incontornáveis, o certo é que a linguagem jurídica –sobretudo na praxe forense cotidiana– ainda carece de um maior apuro da parte dos operadores do Direito, como demonstra a preocupação de alguns eminentes juristas. O brocardo é importante, porque na prática forense o vocabulário jurídico é empregado de forma pouco técnica, em flagrante desatenção aos conceitos. Aqui, alguém apresenta-se em cartório para fazer a carga do processo (quando busca os autos, já que o processo –relação jurídica– não existe fisicamente); ali, alguém indaga se o juiz já deu seu parecer (quando se sabe que o juiz não *opina*, mas *despacha ou decide*). Um exemplo, relacionado, exatamente, aos vocábulos *despacho* e *decisão*. Tecnicamente, por despacho, entende-se o ato do juiz destinado a dar andamento ao processo, sem conteúdo decisório. A palavra decisão, ao contrário, reflete o ato judicial que (a) dá a solução à lide, com o julgamento do mérito, ou (b) encerra o processo sem resolução do mérito, ou, ainda, (c) resolve alguma questão incidental. Ocorre que, exatamente por serem meros atos de impulso e movimentação processual, os despachos não causam prejuízo. Ora, sendo incapazes, por definição, de causar prejuízo, os despachos são irrecorríveis (CPC, art. 1.001). No entanto, operadores jurídicos e a própria lei muitas vezes empregam a palavra *despacho* ao se referirem a atos de conteúdos decisório, o que pode levar a confusões desnecessárias.

listas brasileiros. Quando a leitura dos textos começa a se suceder, temos a impressão que algumas daquelas linhas já passaram pelos nossos olhos. Lopes da Costa é impregnado de Wach, Jonatas Milhomens de Chiovenda e nada de novo se constrói.

Nosso passeio pela doutrina vai terminando, ainda sem resposta para a questão principal que se pretende responder acerca da existência ou não de uma metodologia própria para a interpretação das leis processuais civis. Tentaremos lançar mais luzes sobre o assunto nas linhas que seguem.

Da celeridade exigida pela sociedade contemporânea

Um fato inegável da sociedade contemporânea é a necessidade das coisas se resolverem de modo quase instantâneo. Quase ninguém tem tempo para ler uma obra volumosa, ouvir uma ópera ou esperar um processo chegar ao fim. As novas gerações são conhecidas pela sua ansiedade e pela necessidade ver as coisas acontecerem muito rapidamente.

Com o processo judicial não é diferente. E a coisa não vem de hoje.

O Professor Mario de Castro, há quase 100 anos atrás, na exposição de motivos do Código de Processo Civil do Estado de Pernambuco, já traçava belas linhas sobre o assunto: "a marcha rápida dos meios processuais não depende somente da simplificação quantitativa e qualitativa dos atos, mas, sobretudo, da rigorosa observância dos prazos em que devem ser realizados. Para mim esta é a questão capital. O que se observa no estado atual de cousas é simplesmente desanimador. Não há advogado que se restrinja aos termos legais de articulados e alegações, e felizes os que têm contra si um excesso de dias ou meses, pois registram-se casos de retenção de autos por anos a fio; juízes há que ultrapassam, e até por longo tempo, os já dilatados prazos que a lei lhes confere para os seus despachos e sentenças; não há escrivão que se considere obrigado aos ermos legais dos atos de seu ofício. E é desse modo, sem exagero, que se desenvolvem as causas em nosso foro. E diante desse caminho de dificuldades de toda ordem, que, por vezes, vão as partes preferir aquele sacrifício do direito à paz, de que nos fala Ihering. Attribue-se geralmente a culpa ao juiz. Até certo, ponto, não há dúvida, mas é também, e em grande parte, das leis processuais que nos regem".[23]

Fica evidente que há quase 100 anos atrás já se encontravam presentes no Judiciário do Estado de Pernambuco os mesmos problemas com que nos defrontamos nos dias atuais. Os problemas com a lentidão da justiça, no entanto,

[23] Castro, Mario: Exposição apresentada por ocasião de ser entregue ao governador o projeto do Código de Processo Civil e Comercial, *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Ano XXXII, 1924, pp. 346 e 347. Recife: Imprensa Industrial.

não são exclusivos do foro brasileiro e podem ser encontrados em outros países que nos servem de referência como Portugal e Espanha, como veremos a seguir.

Na exposição de motivos do novo código de processo civil Português é ressaltada a necessidade da "reforma do Processo Civil, mediante a redução das formas de processo e a simplificação do regime, assegurando eficácia e celeridade, apostando, ao mesmo tempo, na desformalização de procedimentos, na oralidade processual e na limitação das questões processuais relevantes, tornando o processo mais eficaz e compreensível pelas partes".[24]

É interessante destacar a menção expressa feita na exposição de motivos da lei portuguesa ao memorando de entendimento "sobre as condicionalidades de política econômica, celebrado entre a República Portuguesa e o Banco Central Europeu, a Comissão Européia e o Fundo Monetário Internacional, no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal" onde o governo assumiu o compromisso de rever o Código de Processo Civil. Esse compromisso, firmado por Portugal, de tornar o processo mais célere, só demonstra a força do sistema financeiro mundial e da chamada Banca, sempre preocupada com um processo célere e efetivo que garanta a realização do direito dos credores.

Ainda na exposição de motivos, podemos colher as seguintes lições: "O código de processo civil é, por natureza, um dos mais sensíveis corpos normativos de qualquer ordenamento jurídico. Desde logo, face à sua índole e à sua função paradigmática e inspiradora dos demais direitos adjetivos, sofre e beneficia de especial relevo na práxis judiciária. Além disso, é nele que se busca o equilíbrio entre as funções do Estado e os direitos dos cidadãos, o que lhe confere uma adequada sensibilidade social, quer para os intervenientes processuais, quer para os cidadãos e ainda para as próprias empresas". E mais na frente arremata: "A celeridade processual, indispensável à legitimação dos tribunais perante a comunidade e instrumento indispensável à realização de uma das fundamentais dimensões do direito fundamental de acesso à justiça, para necessariamente por uma nova cultura judiciária, envolvendo todos os participantes no processo, para a qual deverá contribuir decisivamente um novo modelo de processo civil, simples e flexível, despojado de injustificados formalismos e floreados adjetivos, centrado na resolução das questões essenciais ligadas ao mérito da causa. A consagração de um modelo desse tipo contribuirá decisivamente para inviabilizar e desvalorizar comportamentos processuais arcaicos, assentes na velha práxis de que as formalidades devem prevalecer sobre a substância do litigio e dificultar, condicionar ou distorcer a decisão de mérito".[25]

Não são muito distintas as linhas mestras traçadas na exposição de motivos da Ley Enjuiciamiento Civil espanhola, em vigor desde 2011, como se perceberá dos trechos abaixo transcritos: "El derecho de todos a una tutela judicial

[24] Código de Processo Civil, 28ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 7-9.
[25] Ibídem.

efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide anhelo y la necessidad social de una Justicia Civil nueva, caracterizada precisamente por la efectividad. Justicia civil efectiva significa, por consubstancial al concepto de justicia, plenitud de las garantías procesales. Pero tiene que significar, a la vez, una respuesta judicial más pronta, mucho más cercana en el tiempo de las demandas de tutela, y com mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos, es decir, sentencias menos alejadas del comienzo de proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa para quien necesita promoverla y con más possibilidades de éxito en la satisfación real de los derechos e intereses legítimos. La naturaleza del crédito civil o mercantil ni las situaciones personales y familiares que incumbe resolver en los procesos civiles justifican un período de años hasta el logro de una resolución eficaz, con capacidad de producir transformaciones reales en las vidas de quienes han necesitado acudir a los tribunales civiles. La efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la justicia al justiciable, que no consiste en mejorar la imagen de la Justicia, para hacerla parecer más accesible, sino en estructurar procesalmente el trabajo jurisdicional de modo que cada asunto haya de ser mejor seguido y conocido por el tribunal, tanto en su planteamiento inicial y para la eventual necesidad de depurar la exitencia de óbices y falta de presupuestos procesales –nada más ineficaz que un proceso con sentencia absolutoria de la instancia–, como en la determinación de lo verdaderamente controvertido y en la práctica y valoración de la prueba, con oralidad, publicidad e inmediación. Así, la realidad del proceso disolverá la imagen de una Justicia lejana, aparentemente situada al final de trámites excesivos y dilatados, en los que resulta difícil percibir el interés y el esfuerzo de los juzgados y tribunales y de quienes los integran. Justicia civil efectiva significa, en fin, mejores sentencias, que, dentro de nuestro sistema de fuentes del derecho, contituyan referencias sólidas para el futuro y contribuyan así a evitar litigios y a reforzar la igualdad ante la ley, sin merma de la libertad enjuiciadora y de la evoclución y el cambio jurisprudencial necesarios. Esta nueva ley de enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la justicia civil, esta ley mira, sin embargo, ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdicional, en verdad efectiva para sus derechos e intereses legítimos. Con todas sus disposiciones encaminadas a estas finalidades, esta nueva ley de enjuiciamiento Civil se alínea con las tendencias de reforma universalmente consideradas más razonables y con las experiencias de más éxito real en la consecución de una tutela judicial que se demore solo

lo justo, es decir lo necesario para la insoslayable confrontación procesal, con las actuaciones precisas para preparar la sentencia, garantizando su acierto".[26]

Na mesma linha vão as novas legislações processuais latino-americanas, como, por exemplo, o Código General de Proceso Colombiano, Ley 1564 de 2012, que em seu art.2º dispõe: "Acceso a la justicia. Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, con sujeción a un *debido proceso de duración razonable.* Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento injustificado será sancionado".[27]

A exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro segue o mesmo caminho, deixando evidenciada sua preocupação com a celeridade processual, como se pode perceber da leitura dos seguintes trechos: "Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento para a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. (...) O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente Às necessidades sociais e muito menos complexo". E mais na frente, volta a tocar no assunto da celeridade: "Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal, a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. (...) Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas (...) que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito (...)".

Por tudo que foi visto acima, fica evidenciado que a preocupação com a celeridade da justiça sempre existiu. Esta preocupação pode ser encontrada em Pernambuco há quase 100 anos atrás, no novo CPC português, na Ley de Enjuiciamento espanhola de 2011, o Código General del Proceso Colombiano e o Novo Código de Processo Civil brasileiro.

A Constituição Federal e o novo Código de Processo Civil. A necessidade de uma interpretação sistemática

Como se percebe dos textos acima transcritos, não se pode conceber a interpretação da legislação processual civil sem que se observe a Constituição Federal como ponto de partida. O inciso LXXVIII da norma fundamental, inserido pela EC/45 de 2004, deixou evidenciado que "a todos, no âmbito judicial

[26] Ley de Enjuiciamento Civil, 27ª edición anotada y concordada, TirantloBlanch, Valencia, s.a., pp. 51 e 52.

[27] Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, s.a., p. 25.

e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Ou seja, o legislador constituinte derivado consagrou como direito fundamental e cláusula pétrea o direito a um processo célere.

O Novo Código de Processo Civil, tentando superar as deficiências do seu antecessor, tem como um dos objetivos principais diminuir o tempo de duração das demandas e realizar as normas constitucionais. A comissão de juristas instituída pelo ato do Presidente do Senado nº 379, de 2009, destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil evidencia esse objetivo de forma cristalina: "Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais". E diz também: "a coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e me outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais". Para em seguir dizer que o Novo Código tem por objetivo "tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material".

Esse entendimento não se restringe ao Brasil. Também em Portugal se ensina que a interpretação da lei processual obedece às mesmas regras de qualquer outra interpretação, somente dando maior relevância ao elemento sistemático, dado que o processo é dominado por um conjunto de princípios gerais, consagrados em suas múltiplas disposições.[28]

Eduardo Couture, no clássico estudo sobre a interpretação das leis processuais, indaga: como desenvolve a lei os mandamentos da Constituição? E passa a responder: "seria uma visão muito ingênua a que se limitasse a acreditar que ela o faz escrevendo artigos em um Código. Um trabalho prévio ao de escrever artigos em um Código exige a determinação dos princípios que regerão esse Código. O que, em primeiro lugar, se apresenta ao legislador não é a tarefa de redigir leis mais de formular princípios. (...) O legislador deve, finalmente, estruturar a lei processual, tendo como ponto de referência alguns desses princípios. Devemos esclarecer que, historicamente, quase todos eles se mesclam uns com uns outros(...)".[29]

No caso Brasileiro e nos países que editaram legislações processuais já no século XXI, parece que o principal princípio a orientar a confecção dos novos

[28] Pais de Amaral, Jorge Augusto: *Direito Processual Civil*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, p. 79.

[29] Couture, Eduardo J.: *Interpretação das leis processuais*, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1994, pp. 38 e 39.

diplomas legislativos é o princípio da celeridade processual ou razoável duração do processo. Sem dúvida alguma, outros princípios de justiça social, pacificação etc. são tão ou mais importantes do que o tempo em que o processo é julgado. Contudo, seja porque nos dias atuais as coisas acontecem de forma cada vez mais depressa, seja porque a grande Banca internacional tem seus interesses afetados diretamente pela demora no julgamento dos processos –como se vê claramente na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil Português–, o princípio da razoável duração do processo acaba tendo um papel de especial relevo. Como se percebe inclusive pela sua inserção pela EC 45/04 no rol de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988.

Eduardo Couture discorrendo sobre a interpretação da lei processual deixa claro que "interpretar é extrair um sentido. Mas, extrair um sentido dentro de uma ordem normativa da índole da que acaba de referir, própria da esfera processual, é não só descobrir a razão do texto, como, também, seu significado dentro do sistema de princípios. A tarefa interpretativa constitui uma referência ao conjunto de princípios que, por sua vez, constituem o desenvolvimento de algo anterior, genericamente estabelecido".[30]

Couture parece defender a existência de uma forma própria de interpretar as leis processuais, mas não de forma isolada. Eles devem ser interpretadas dentro da "própria esfera processual", mas sempre observando os princípios que orientam esse ordenamento, como, por exemplo, o da razoável duração do processo.

A matéria é tratada no art.1º do Novo CPC, *in litteris*: o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. Ora já em seu artigo inicial a novel legislação processual ressalta a necessidade de se interpretar o Código levando em consideração as normas e valores postos na CF.

Esse regramento não passa despercebido pelos comentadores do Código que assim explicam: "Aí está a consagração do Código de Processo Civil de 2015 como um instrumento não só do direito material infraconstitucional, mas do próprio Texto constitucional. É um Código, tal qual a Constituição, principiológico. (...) O processo civil tem por objetivo proporcionar uma decisão célere, adequada, mas principalmente justa. (...) A lei é um texto; a norma é a interpretação do texto, e essa interpretação deve necessariamente estar em conformidade com os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição".[31]

José Miguel Medina segue a mesma linha de entendimento quando afirma que os princípios e valores postos na Constituição Federal constituem o ponto

[30] Couture, Eduardo J.: ob. cit., pp. 40 e 41.

[31] Fagundes Cunha, José Sebastião (Coordenador Geral): *Código de Processo Civil Comentado*, RT, São Paulo, 2015, p. 108.

de partida do processualista[32]. Não sendo diferente a visão de Thereza Arruda Alvim Wambier e outros: "O dispositivo anuncia a linha mestra fundamental da construção do novo sistema processual civil brasileiro. Um dos objetivos que se teve ao se elaborar este novo Código foi o de situá-lo, expressa e explicitamente, num contexto normativo mais amplo, em que a Constituição ocupa o principal papel. (...) Esta contextualização tem função quase didática. Não é a partir deste artigo, obviamente, que o CPC deverá passar a submeter-se à Constituição Federal. Trata-se de um dispositivo que deve ser lido antes de todo e qualquer outro dispositivo que integra o Código, que deve ser compreendido através dos princípios constitucionais fundamentais. Está aí para ser visto, para que o interprete não o deixe de lado, porque não teria sido "lembrado". (...) O artigo viabiliza de forma inequívoca a imposição que já existe: a de que o CPC seja compreendido à luz da Constituição Federal".[33]

Das conclusões

Por todo o exposto, ainda que não de forma definitiva, podemos chegar às seguintes conclusões:

1) As leis processuais devem ser interpretadas através dos mesmos métodos utilizados para a intepretação das normas de Direito material. Contudo, o objetivo da interpretação da lei processual é completamente distinto daquele pretendido como resultado da interpretação de uma lei de Direito material. São tipos de leis diferentes, com objetivos diferentes;
2) Leis de Direito material tem por finalidade precípua a regulação de relações jurídicas de forma abstrata com o objetivo de evitar e resolver conflitos promovendo a pacificação social. Já as normas de Direito processual são meramente instrumentais e objetivam, quando necessário, a aplicação em concreto das normas de Direito material a serem aplicadas pelo órgão estatal;
3) A preocupação com a celeridade processual não é um problema atual. Como visto acima, há quase 100 anos atrás, no Estado de Pernambuco, já se encontravam relatos de retenção indevida de autos e retardo no julgamento dos processos;
4) Pretendendo responder aos anseios de pressa da sociedade contemporânea, a EC/45 inseriu no art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII que garante a todos os litigantes a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

[32] Medina, José Miguel: *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 4ª edição, RT, São Paulo, 2016, p. 33.

[33] Arruda Alvim Wambier, Teresa; Lins Conceição, Maria Lucia e outros: *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil*, 2ª edição, RT, São Paulo2016, pp. 60 e 61.

5) As leis processuais civis devem ser interpretadas de forma sistemática, tendo como norte os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal, em especial, a norma que garante a todos a razoável duração do processo;
6) As legislações processuais mais recentes têm a preocupação de ressaltar a necessidade de celeridade no julgamento dos processos, isso com o objetivo de garantir a realização de direitos e evitar a frustração das partes;
7) Brocardos Jurídicos próprios orientam a interpretação da lei processual ficando evidente que esse tipo de lei possui um objetivo próprio ao ser interpretada. A interpretação da lei processual é distinta daquela realizada ao se interpretar uma lei de Direito material. Deve-se privilegiar sempre a conservação dos atos e a celeridade do processo;
8) Para interpretar a lei processual devemos adotar um critério muito mais amplo que em relação à legislação civil, isso com o objetivo de evitar a repetição de atos, superar nulidades sanáveis e acelerar o julgamento do processo;
9) A celeridade processual e a razoável duração do processo devem ser os objetivos primordiais a serem atingidos através da interpretação da lei processual civil.

Un acercamiento a los actos unilaterales de los Estados en el Derecho Internacional Público

Celeste Elena Pino Canales*

Introducción

La polémica en torno a las fuentes del derecho no ha sido un tema superado en el derecho internacional. Varias son las razones que justifican las discusiones y puntos de vistas divergentes sobre el tema, entre las que debemos destacar en primer lugar el modo de creación de las normas jurídicas en el derecho internacional, que a diferencia del derecho interno de los Estados, carece de un órgano legislativo capacitado para su aprobación, y en segundo lugar, la dinámica de las relaciones internacionales de nuestros días, en las que se observan en los últimos cincuenta años importantes cambios tanto en el orden cuantitativo como cualitativo.

La doctrina y la práctica internacionales cuando analizan el tema de las fuentes del derecho internacional toman como referente el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esto se explica si tenemos en cuenta que, si bien la Corte no está facultada para crear normas jurídicas internacionales, al tener como objetivo primordial aplicar el derecho internacional vigente para la solución de los litigios entre Estados, el Estatuto en el citado artículo dispone cuáles son las fuentes aplicables a los asuntos planteados ante la Corte, de ahí se infiere el reconocimiento de los *tratados*, la *costumbre* y los *principios generales del derecho* como las fuentes del derecho internacional.

Pero la realidad de nuestros días es diferente a la imperante en el momento cuando se elaboró y entró en vigor dicho Estatuto; debemos tener en cuenta que en él no se hace referencia entre otras a las resoluciones de las organizaciones internacionales y su función en el derecho internacional, las declaraciones finales de importantes foros internacionales, ni los actos unilaterales emanados de los Estados y las organizaciones internacionales. El análisis de estos últimos, como fuente de obligaciones internacionales, es uno de los temas que ha ido ganando espacio en la doctrina y la práctica internacional, lo que ha sido

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

acompañado por la importante labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para el desarrollo progresivo y la codificación de esta rama del derecho, y que permitió la adopción por la CDI en el 2006 de la resolución contentiva de un proyecto de principios rectores de los actos unilaterales.

Sin embargo, lograr la sistematización y codificación de los denominados actos unilaterales es una misión en extremo compleja entre otras causas por la gran variedad de actos que pueden ser considerados como unilaterales, la falta de consenso internacional acerca de su definición y la ausencia de un régimen jurídico para estos. Varias son las interrogantes que plantea su estudio, la primera de ellas relativa a si podemos considerar los actos unilaterales de los Estados por sí mismos, generadores de normas jurídicas internacionales. La respuesta a esta pregunta ha puesto de manifiesto un abanico de posiciones que van desde aquellas que los reconocen como generadores de normas jurídicas internacionales hasta las que no niegan su importancia pero rechazan su condición de actos creadores de normas jurídicas internacionales. Con el presente trabajo se pretende exponer cuáles son las principales tendencias acerca de los Actos Unilaterales de los Estados.

Acerca de las fuentes del derecho internacional público

Si bien hoy en día existe una opinión generalizada sobre la importancia de los actos unilaterales en el derecho internacional, su inclusión como fuente del mismo es una discusión que como ya hemos señalado no ha sido zanjada.

Debemos recordar que el término *fuente* en derecho designa el modo de creación de la norma jurídica; según Sorensen[1] la expresión *fuentes del derecho*: "…se encuentra tradicionalmente limitada a los métodos de creación de las normas jurídicas, es decir, de las reglas generales y permanentes capaces de ser aplicadas, repetidamente, sin límite alguno. No se aplica a los métodos de creación de regímenes especiales que impliquen derechos y deberes solamente para determinados sujetos, es decir –empleando un término común y familiar a la ciencia jurídica– a las reglas particulares".

Coincidimos con Basave cuando señala que "el derecho internacional tiene su técnica jurídica peculiar inasimilable a la técnica jurídica del derecho privado" y continúa explicando que, "Por técnica entiende un hacer basado en un saber emplear procedimientos eficaces que aseguren el éxito propuesto, un conjunto de reglas aptas para dirigir eficazmente una actividad cualquiera".[2]

---

[1] Sorensen, Max: *Manual de derecho internacional público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 152.

[2] Basave Fernández del Valle, Agustín: *Filosofía del Derecho Internacional*, UNAM, México, 2001, p. 93.

La disparidad de lo que se adjudica como contenido del término *fuentes* es evidente. Para algunos autores hasta la sustancia misma de las fuentes es distinta, unos admitiendo que comprenden las pautas generales que informan el sistema normativo, limitándola otros a los procedimientos puramente voluntarios de creación de reglas jurídicas, a pesar del reconocimiento de normas de valor universal (*erga omnes*) e inderogables por las voluntades subjetivas. Las posturas contradictorias comprenden, asimismo, procedimientos concretos de elaboración, se destacan las existentes acerca del carácter que revisten determinados actos unilaterales, la jurisprudencia y la misma legislación internacional.[3] Generalmente la fuente material designa el origen del contenido de la regla y la formal es su formalización o consagración.[4]

Para tratar de solucionar las diferencias en estos enfoques, un grupo de estudiosos del derecho internacional hablan de la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Savid-Bas y Pagliari[5] destacan que: "La utilización, en su contenido puramente formal del término fuentes, entiende como tales tan solo a los procesos de creación o elaboración de las normas jurídicas internacionales y no a las normas existentes con prescindencia de su proceso de elaboración". Por lo que consideran es un problema de identificación de la existencia de una norma obligatoria para los sujetos internacionales, con independencia de cualesquiera hayan sido sus procesos de producción. A continuación ambos destacan que en algunos casos es necesario que se identifique primero cómo ha sido el proceso de producción de la norma para poder identificarla.

De acuerdo con ello la doctrina contemporánea del derecho internacional analiza las fuentes bajo la denominación de formación del derecho internacional o, más específicamente, la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Se apunta a considerar esta expresión como adecuada sobre la base de que el término *fuentes de derecho* es equívoco, pues hay que distinguir entre la emanación de la norma y su "causa" o factores sociales que han determinado su creación. Además, la distinción entre fuentes

---

[3] Ver: Savid-Bas, Luis Ignacio y Pagliari, Arturo Santiago: "Fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal del derecho internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, No. 16, 2003, pp. 507 y ss.

[4] Truyol y Serra señala que "Las fuentes materiales de derecho son aquellos factores que originan las normas jurídico positivas. Estos factores son, de una parte, las exigencias dimanantes del derecho natural. Se trata de lo que François Gény denomina *donnée rationnelle* y *donnée idéelle*, y Le Fur, *donnée moral*. De otra, son fuentes materiales de derecho las situaciones históricas, contingentes y mutables, que aquellas exigencias ético-naturales están llamadas a regular; factores políticos, sociológicos, económicos etc., en una palabra, el *donnée réelle* y el *donnée historique* de Gény, el *donnée historique* y el *donnée économique* de Le Fur". Truyol y Serra, Antonio: *Fundamentos de derecho internacional público*, 3ra. ed., Tecnos, Madrid, 1977, p. 102.

[5] Savid-Bas, Luis Ignacio y Pagliari, Arturo Santiago: ob. cit., p. 509.

formales y fuentes materiales de la norma ha conducido a que se conserve como fuentes de producción jurídica a las formales.

Tal como se ha señalado existe relación entre la formación de las normas y la creación de derechos y obligaciones internacionales. Si bien son las normas, convencionales o consuetudinarias, las que constituyen el derecho objetivo en el orden internacional, de ellas se derivan, subjetivamente, derechos concretos y obligaciones jurídicas para sus destinatarios. Pero estos derechos no solo surgen de tratados o costumbres internacionales, sino de actos jurídicos internacionales o de actos obligatorios adoptados por las organizaciones internacionales.[6]

La discusión se plantea en especial para el caso de los actos unilaterales de los Estados, toda vez que tradicionalmente la doctrina ha enfocado la creación de las normas del derecho internacional a partir de la manifestación de voluntad expresa o tácita de al menos dos Estados, que consienten en cumplir determinadas obligaciones internacionales. Sin embargo, en el acto unilateral la manifestación de voluntad es, como su nombre lo indica, unilateral, no hay condiciones de bi- o multilateralidad, lo que sin duda nos plantea un reto en materia de las fuentes del derecho internacional.

La respuesta a la interrogante de si los actos unilaterales constituyen fuentes del derecho internacional, ha sido enfocada por la doctrina en dos vertientes, por un lado los que le niegan su carácter de fuente del derecho internacional, aunque destacan la importante función que cumplen, como medio de preparación de la costumbre y de los tratados internacionales Diez de Velasco sostienen la importante "función de los actos unilaterales en la formación de la costumbre"[7].

Por otra parte, un grupo importante de tratadistas asumen la defensa de los actos unilaterales de los Estados como fuente del derecho internacional, partiendo del criterio de que el término *fuentes* en derecho internacional no solo designa las normas de carácter general sino aquellas que regulan situaciones individuales. En esta línea Reuter expone que "No debe olvidarse, en efecto, que la expresión "fuentes del derecho internacional» no designa solamente las fuentes de normas de carácter general, susceptibles de continuada aplicación,

---

[6] González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I. y Sáenz de Santa María, Paz Andrés: *Curso de derecho internacional público*, Civitas, Madrid, 1998, p. 120.

[7] Diez de Velasco destaca la importante función de "los actos unilaterales en la formación de la costumbre internacional", Diez de Velasco, M.: *Instituciones del Derecho Internacional Público*, 16ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2007, p.147 y Arellano García, C.: *Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa SA, México, 1983, vol. I, p. 206, en esta línea se pronuncian también Moncayo, Guillermo; Yinuesa, Hortensia *et al.*: *Derecho Internacional, Público*, Buenos Aires, 1980, t. I, p.162.

sino también las normas que reglamentan una situación individual, es decir, las normas de carácter individual".[8]

Consideramos que la respuesta a esta interrogante tal y como señala Barberis no puede ser genérica, pues la aceptación de los actos unilaterales como fuente del derecho internacional debe estar sujeta a determinadas condiciones,[9] tal y como quedó reflejado en la Resolución de la CDI, "Principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas".[10]

Creemos que en las condiciones actuales en la que se desenvuelve el derecho internacional es muy osado otorgarle el carácter de fuente en sentido absoluto. En un mundo globalizado donde impera la hegemonía de un pequeño grupo de grandes potencias y aquejado por múltiples crisis de diversa índole, su aceptación de forma generalizada podría traer consecuencias negativas para los países en desarrollo. En el mejor de los casos deberíamos hablar de una nueva fuente del derecho internacional en *status nascendi*, la que debe consolidarse, con el desarrollo progresivo y la codificación de la misma. La evaluación de los actos unilaterales como fuente del derecho internacional debe realizarse en el contexto de la conducta que la provoca, las consecuencias que produce y las normas del derecho internacional.

El reconocimiento de la importancia de los actos unilaterales en el derecho internacional se puso de manifiesto en 1996 cuando la Comisión de Derecho Internacional en su informe a la Asamblea General de las Naciones Unidas propuso la inclusión de los actos unilaterales de los Estados como uno de los temas a considerar para su desarrollo progresivo y codificación, y la Asamblea General, mediante su resolución 51/160, invitó a la CDI a que prosiguiera el examen del tema titulado "Actos unilaterales de los Estados" e indicara su alcance y contenido. En su 49º período de sesiones la Comisión creó un Grupo

---

[8] Reuter, P.: *Derecho Internacional Público*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 36. Ver también: De Oliveia Mazzouli, Valerio: *Curso de Direito Internacional*, Editora Revista Dos Tribunas, Sao Paulo, 2010 p. 139; Melo, Celso Duvivier de Alburquerque: *Curso de Direito Internacional Público*, 9na. ed., Renovar, Río de Janeiro, 1992, p. 243. Novak Talavera, Fabián: "La Teoría de los Actos Unilaterales de los Estados", *Revista Agenda Internacional*, Instituto de Investigaciones Internacionales, pp. 165 y ss., disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/.../7325 de FN Talavera - 2013(7125-27845-1PB); Suy, Erik: *Les actes jurídiques unilateéraux en droit internationaus public*, Librairie Générale des Droit et Jurisprudence (LGDJ), París, 1962, p. 209; Venturini, Gian Carlo: *La portée et les effets juridiques ,des attitudes et des actes unilatéraux des états*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, La Haya, 1964, t. 112, pp. 357-417.

[9] Barberis expone que "solo los actos unilaterales que reúnen determinadas características son creadores de normas jurídicas internacionales", Barberis, Julio A.: *Formación del Derecho Internacional*, Editorial Äbaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, p.130.

[10] Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006, y presentado a la Asamblea General como parte del Informe de la Comisión (A/61/10).

de Trabajo y nombró al señor Víctor Rodríguez Cedeño como Relator Especial del tema. A partir del año 1997 y hasta el 2005 la Comisión conoció de ocho informes del Relator Especial. En el año 2006 la Comisión estableció nuevamente un grupo de trabajo de composición abierta, bajo la presidencia del señor Alain Pellet con vistas a que preparase las conclusiones de la Comisión sobre el tema "Actos unilaterales de los Estados". Una vez analizado el informe del grupo de trabajo la Comisión aprobó un documento contentivo de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas.[11]

Acerca de la definición del Acto Unilateral

Lo primero que debemos plantearnos es que en la esfera de las relaciones multifacéticas internacionales los Estados realizan actos que tienen como objetivo producir efectos en sus relaciones con otros Estados, pero es evidente que no siempre estos actos tienen como objetivo producir efectos jurídicos, como sucede con los actos meramente políticos. Aunque es necesario señalar que en muchos casos la línea divisoria que separa los actos políticos de los jurídicos es muy tenue, lo que en ocasiones provoca cierta confusión.

Por su parte la doctrina internacional comienza a desarrollar el análisis de los actos unilaterales internacionales en la segunda década del siglo XX. La mayoría de los trabajos toman como referentes necesarios la práctica de los Estados y la jurisprudencia internacional y llegan en primera instancia a una definición generalizadora de los actos unilaterales. De esta manera al definir el acto unilateral Jiménez de Aréchaga lo identifica como "La declaración unilateral de voluntad de un único sujeto de Derecho Internacional que tiene por objeto dar origen a vínculos jurídicos internacionales, cuyos efectos están previstos o autorizados por el Derecho Internacional".[12] Para Diez de Velasco se entiende como "acto jurídico unilateral una manifestación de voluntad de un solo sujeto del Derecho Internacional, cuya validez no depende *prima facie* de otros actos jurídicos y que tiende a producir efectos, creación, modificación, extinción o conservación de derechos y obligaciones para el sujeto que la emite y para terceros en determinadas circunstancias".[13]

---

[11] Doc. A/61/10. Acerca de la labor codificadora de la CDI en la materia, ver: Torres Cazorla, María Isabel: "Las dificultades que la Comisión de Derecho Internacional encuentra para codificar un tema controvertido: los actos unilaterales de los Estados", *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Año IV, núm. 8, 2005.

[12] Jiménez de Aréchaga, Eduardo: *Curso de Derecho Internacional Público*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1979, t. I, p. 222.

[13] Diez de Velasco, M.: ob. cit., p.147. En este mismo sentido se han expresado Miaja de la Muela: "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales", *REDI*, vol. 19, 1967, pp. 429-464; Moncayo, G.; Yinuesa, H. *et. al.*: ob. cit., p. 161.

Debido a lo complejo del tema y a la diversidad de criterios en cuanto al contenido mismo de los actos unilaterales, una de las primeras cuestiones que consideró el relator especial de importancia capital para las labores del grupo, fue la definición del acto unilateral, a la que se llegó mediante la delimitación de cuáles actos quedaban excluidos de ser considerados actos unilaterales internacionales. Al definir el acto unilateral en su primer informe el grupo de trabajo lo identificó como "la manifestación de voluntad imputable a uno o varios sujetos de derecho internacional, que no depende en su eficacia, de otro acto jurídico y cuyo objeto consiste en producir efectos jurídicos"[14] quedando excluidos del análisis los actos de las organizaciones internacionales, los actos jurisdiccionales y los actos internos de los Estados que no tienen consecuencias para el derecho internacional, los hechos internacionalmente ilícitos y aquellos que pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado, los actos vinculados al derecho de los tratados y la Notificación por estar vinculada a un acto preexistente.[15]

Por lo que en cuanto a los actos unilaterales internacionales de los Estados coincidimos al identificarlos como una manifestación pública de voluntad del Estado, realizada por una persona facultada para representar al Estado, en cuanto a una cuestión de hecho o de derecho, la que tiene como objetivo producir efectos jurídicos obligatorios, independientemente de la conducta de otros sujetos acerca de dicha manifestación de voluntad.[16]

Tipología de los Actos Unilaterales

Al analizar los actos unilaterales internacionales de los Estados, y de acuerdo con la práctica internacional, hacemos referencia especialmente a los siguientes actos: el reconocimiento, la promesa, la protesta, la renuncia y la notificación.[17] No se incluyen en este trabajo los actos unilaterales de los Estados vinculados con el derecho de tratados, ya que el régimen jurídico de estos actos aparece regulado en la Convención de Viena de 1969 sobre Tratados. Tampoco

[14] Rodríguez Cedeño, Víctor (Relator Especial): *Primer Informe sobre los Actos Unilaterales*, A/CN.4/486, párr. 133.

[15] Ver Manero Salvador, Ana: "Hacia una definición de Acto Unilateral del Estado", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm.9, Bogotá, mayo de 2007, pp. 456-459. Disponible en: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9243/hacia_manero_IL_2007.pdf

[16] Ver: González Campos, J.D., Sánchez Rodríguez, L.I., Sáenz de Santa María, M. Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*, Universidad de Oviedo, 1983, vol. I, p. 77.

[17] Ver: Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 6ta. Edic., Oxford, Nueva York, 2003; Suy, Eric, "Unilateral Acts of States as a Source of International Law: Some New Thoughts and Frustrations", *Droit du pouvoir, pouvoir du droit: mélanges offerts a Jean Salmon*, Bruylant, Bruselas, 2007.

analizaremos determinadas conductas del Estado que pueden producir efectos jurídicos muy similares a los actos unilaterales, como sucede con la aquiescencia, el silencio y el *estoppel*, ya que su inclusión podría crear confusión y desviaría la atención del objetivo principal.

El reconocimiento

El reconocimiento es un acto político que produce efectos jurídicos con relación al Estado destinatario y a terceros, y se produce fundamentalmente en los casos de reconocimiento de Estados, gobiernos, naciones y beligerantes.[18] Tiene un carácter discrecional y declarativo al no afectar los derechos y obligaciones de los Estados y ser expresión de la constatación por el que lo realiza de la existencia de un hecho. Según Novak Talavera "por el reconocimiento un Estado hace constar como legítima la existencia de un hecho, una situación o una determinada pretensión jurídica".[19] En consecuencia el hecho reconocido solo es oponible en relación al sujeto que realiza el reconocimiento.[20] El carácter irrevocable del reconocimiento es aceptado, aunque encontramos algunos ejemplos en los cuales se ha revocado el reconocimiento, lo que deberá interpretarse en correspondencia con los criterios que rigen la terminación y modificación de los actos unilaterales. El reconocimiento es quizás uno de los actos menos controvertidos, pues la función que cumple es la constatación en el ámbito internacional de la existencia de un hecho con relevancia en las relaciones internacionales, siendo un acto eminentemente discrecional.

La promesa

En cuanto a la promesa, como señala Diez de Velasco "su carácter de acto unilateral es discutido" identificándola como "la manifestación de voluntad de un Estado, destinada a asumir una determinada conducta de hacer o de no hacer en las relaciones con otros Estados respecto de una situación concreta".[21] La promesa es, según Verdross, "la declaración de que en el futuro se observará determinado comportamiento".[22] El reconocimiento de la promesa como acto unilateral del Estado ha sido destacado tanto en la doctrina como por la jurisprudencia internacional.[23] En su análisis de la demanda de Bolivia contra Chile

[18] Para Arellano García, no siempre el reconocimiento es un acto unilateral. Ver: Arellano García, C.: ob. cit., p. 383.

[19] Novak Talavera, Fabián: ob. cit., p.154.

[20] Ibídem.

[21] Diez de Velasco, M.: ob. cit., p.153.

[22] Verdross, Alfred: *Derecho Internacional Público*, Aguilar SA., Madrid, 1957, p. 131.

[23] Ver TPJI, Asunto del Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental, CPJI, Serie A/B, No. 53., sentencia de 5 de abril de 1933. También en la sentencia de 1 de octubre de

por una salida soberana al mar, Orias afirma que el acto unilateral "también puede ser un comportamiento que se prolonga a lo largo del tiempo o la promesa de comportarse de determinada manera. Así el acto unilateral del Estado puede expresarse como una declaración formal, una conducta determinada o la promesa de hacerlo".[24].

Por tanto, la promesa trae consecuencias internacionales con la simple puesta en conocimiento a la otra parte, sin que se requiera la aceptación de la misma por la contraparte; se rige por las normas del derecho internacional, y su incumplimiento puede dar lugar a la responsabilidad internacional.

La protesta

Por su parte, la protesta es la manifestación de voluntad que realiza un Estado para manifestar su oposición a una conducta generalmente violatoria del derecho internacional. Verdross la define como "la declaración que niega la legitimidad de una determinada situación".[25] Para Novak Talavera, "La protesta es la declaración unilateral de voluntad de un Estado por la cual manifiesta a otro sus objeciones u oposición contra un hecho consumado. Tal inconformidad debe ser puesta de manifiesto, pues, en muchos casos, si un Estado no protesta contra la violación de una regla de Derecho Internacional puede dar lugar al silencio con efectos jurídicos, comúnmente denominado *estoppel*.[26]

La principal consecuencia de la protesta está encaminada a evitar que se consagre una situación que, como ya hemos señalado, en la mayoría de los casos entraña una violación de una norma de derecho internacional general. Resulta también necesario destacar cómo los efectos de la protesta están íntimamente relacionados con su reiteración,[27] aunque no siempre se logra obtener los resultados esperados, como sucede en el caso de las reiteradas protestas realizadas

1946 del Tribunal Internacional de Núremberg, reconoció como obligatorias las promesas realizadas por Alemania en el sentido de respetar la inviolabilidad de Austria. CIJ, Asunto de los Ensayos Nucleares (Australia, Nueva Zelanda contra Francia, sentencia de 20 de diciembre de 1974).

[24] Orias Arredondo, Ramiro: "La demanda marítima de Bolivia en La Haya: entre el pacta sunt servanda y la ***promissio est servanda***", *La balsa de piedra*, núm. 10, enero-marzo 2015, p. 9, disponible en: http://labalsadepiedra.org/wp-content/uploads/La-balsa-de-piedra-n%C2%BA-10-5.pdf. Otro ejemplo reciente de promesa es la realizada por el presidente de los Estados Unidos de América en el 2009 en el sentido de cerrar el centro de detención de la Base Naval de Guantánamo, la cual no ha sido todavía cumplida. En el 2012 la Alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en un comunicado de prensa, criticaba al presidente Obama por no hacer cumplido su promesa de cerrar la cárcel de Guantánamo, donde se cometen serias violaciones a los derechos humanos.

[25] Verdross, Alfred: ob. cit., p. 131.

[26] Novak Talavera, Fabián: ob. cit., p. 155.

[27] Ídem, p. 156.

por el Gobierno cubano al denunciar el injusto bloqueo económico, comercial y financiero al que ha sido sometido el pueblo cubano por más de cincuenta años.

El 3 de febrero de 1962, mediante la orden Ejecutiva Presidencial 3447, se declara de manera formal el embargo total del comercio entre Estados Unidos de América y Cuba; la orden fue seguida del anuncio por el Departamento del Tesoro norteamericano de la prohibición de entrada en territorio de los Estados Unidos de América de mercancías elaboradas de manera total o parcial con productos de origen cubano, incluso si estas eran producidas en terceros Estados, claro exponente del carácter extraterritorial del bloqueo contra Cuba desde sus inicios. Ya en julio del año siguiente entra en vigor el Reglamento para el control de los activos cubanos, por el que se prohibían las transacciones con Cuba a la par que se congelaban los valores del Estado cubano en territorio norteamericano. El objetivo fundamental de estas medidas era el derrocamiento por asfixia económica del gobierno revolucionario en la Isla. A pesar de lo injusto de estas medidas, la Revolución cubana no claudicó, llegando incluso a obtener importantes logros en esferas como la salud, la educación, la cultura, el deporte y su participación cada día más activa en los foros multilaterales. Al verse nuevamente frustrado el sueño de anexión, en la década de los años noventa del siglo pasado, el Gobierno norteamericano adopta dos regulaciones que acentúan el carácter extraterritorial del bloqueo y francamente violatorio de los principios básicos del derecho internacional. La Ley Torricelli, firmada en octubre de 1992, bajo la administración del presidente George Bush, dispone entre otras medidas la prohibición a las compañías subsidiarias norteamericanas en terceros Estados de realizar operaciones comerciales y financieras con Cuba o con personas de nacionalidad cubana, así como establece la prohibición de entrada a los puertos de Estados Unidos de los buques de terceros Estados que hubieran tocado puertos cubanos, en un plazo de 180 días. Finalmente, la conocida como Ley Helms-Burton, firmada por William Clinton en marzo de 1996, codificó todas las medidas en materia de bloqueo de Estados Unidos contra Cuba, limitando las prerrogativas del Presidente para suspender el bloqueo y reforzando el carácter injusto e inhumano de estas medidas. A pesar de las reiteradas protestas de Cuba ante la comunidad internacional y del rechazo prácticamente unánime a la misma en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el bloqueo de Estados Unidos contra Cuba no ha sido derogado.

En conclusión, con la protesta el Estado que la realiza afirma un derecho que le asiste, sobre todo para las situaciones en que el silencio puede ser interpretado como aquiescencia o aceptación de un comportamiento que lesiona dichos derechos. Por lo que el fin último de la protesta es reafirmar una situación jurídica.

La renuncia

Novak Talavera define la renuncia como "el abandono voluntario de un derecho, facultad, pretensión o expectativa de derecho, cuando ellos son susceptibles de renuncia".[28] Al analizar la renuncia como acto unilateral Diez de Velasco afirma que esta no es una figura muy utilizada en el derecho internacional, por la gravedad que entraña.[29]

Si bien hay tratadistas como Sepúlveda que aceptan la renuncia en dos variantes: la expresa y la tácita,[30] seguimos la línea de aquellos autores que consideran como requisito básico de la renuncia su carácter expreso y formal.[31] El fundamento de esto se encuentra en la seguridad jurídica, imprescindible para el desarrollo de relaciones internacionales en paz, debido a las consecuencias negativas que pueden originar la inacción como criterio válido para la renuncia, sobre todo en los casos de ocupación territorial por parte de un Estado poderoso.

Diez de Velasco identifica el desistimiento como una forma particular de renuncia[32] que se produce en las instancias judiciales internacionales, aunque manifiesta sus dudas en relación a su condición de acto unilateral por su carácter de acción procesal, en un tribunal internacional.

En los últimos años y con el desarrollo del derecho internacional de las inversiones, podemos observar un caso particular de renuncia que se produce en los arbitrajes sobre inversiones, en los casos en los que el Estado renuncia a sus inmunidades de jurisdicción y/o de ejecución.

La notificación

No todos los tratadistas reconocen la notificación como un acto unilateral, por estar vinculada a un acto preexistente, aunque aceptan que formalmente lo es;[33] Miaja de la Muela la identifica como uno de los elementos integrantes de los actos unilaterales,[34] al ser un mecanismo muy utilizado en el ámbito de las relaciones internacionales para dar a conocer su posición con relación a de-

[28] Novak Talavera, Fabián: ob. cit., p. 153.

[29] Ver Diez de Velasco, M.: ob. cit., p. 152.

[30] Ver Sepúlveda, César: *Curso de Derecho Internacional Público*, Editorial Porrúa, México, 1964, p. 103.

[31] Camargo, Pedro Pablo: *Tratado de Derecho Internacional Público*, Temis, Bogotá, 1983, p. 440; Diez de Velasco, M.: ob. cit., p. 152; Novak Talavera, Fabián: ob. cit., pp. 153-154.

[32] Diez de Velasco, M.: ob. cit., p. 153.

[33] Rodríguez Cedeño, Víctor (Relator Especial): Primer Informe sobre los Actos Unilaterales, Doc. A/CN.4/486, párr. 52.

[34] Miaja de la Muela, A.: ob. cit., p. 434.

terminadas cuestiones, no siendo siempre una manifestación de voluntad, tal y como es requisito de los actos unilaterales.

Por lo que consideramos que la notificación tiene una doble condición: por una parte, ser expresión de la manifestación de voluntad del Estado con consecuencias jurídicas, y por otra, vía para dar a conocer una manifestación de voluntad. En el primero de los supuestos estamos ante el acto unilateral en sentido estricto, siempre que reúna todas las características reconocidas para los mismos.

Elementos de los Actos Unilaterales

La autonomía

La autonomía es un requisito a evaluar para la calificación del acto unilateral del Estado en el derecho internacional, lo que permite evitar confusiones en relación con otros actos del Estado que se incluyen dentro del proceso de creación y aplicación de las normas convencionales y consuetudinarias, por lo que la autonomía en este caso está referida no en el sentido de la ejecución de una norma aplicable sino que el acto en sí mismo es creador de una nueva norma de derecho internacional.[35] La tendencia es a distinguir los actos unilaterales independientes de los actos jurídicos dependientes que se realizan en el marco de los tratados internacionales como pueden ser la denuncia, las reservas y las declaraciones interpretativas a un tratado internacional, aunque autores tan importantes como Suy, aceptan las reservas y las declaraciones interpretativas como actos unilaterales cuando en el tratado no se prevea expresamente su realización en el tratado en cuestión.[36] La condición de autonomía de los actos unilaterales se manifiesta también en que sus efectos se producen con independencia de la aceptación o rechazo que tenga dicho acto por parte de otros Estados, incluido el destinatario del acto.

En cuanto a la autonomía del acto la CDI en sus trabajos sobre el tema comenzó realizando una distinción de los actos unilaterales en relación con los actos convencionales cuyo régimen aplicable se encuentra regulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Convención de Viena de 1986 sobre Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, quedando excluidos de los trabajos los actos en los cuales participan dos o más Estados en una relación bilateral o multilateral.[37]

---

[35] Sobre esta idea ver: Rodríguez Cedeño, Víctor: "Cuarto informe sobre los actos unilaterales de los Estados", Doc. A/CN.4/519, 30 de mayo de 2001, párr. 38.

[36] Suy, Eric: "Unilateral acts…", cit., p. 635.

[37] Acerca de la autonomía de los actos unilaterales, Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, en su Tercer Informe señalaba que "no dependen por una parte, de un acto

Por lo que podemos concluir que la autonomía de los actos unilaterales internacionales está directamente relacionada con el hecho de que su validez o eficacia no dependa de otros actos o normas jurídicas internacionales, sean estas de carácter convencional o consuetudinario, independientemente de su aceptación por otros Estados.

Manifestación de voluntad de un Estado

El análisis de la manifestación de voluntad del Estado como elemento esencial de los actos unilaterales debe ser realizado con una perspectiva que incluya una doble proyección: por un lado el requisito de la intencionalidad, es decir que el objetivo principal del acto sea la producción de determinados efectos jurídicos, y una segunda referente a los requisitos de validez, relativos a la capacidad para producir el acto, la forma y publicidad, el objeto del acto.

Intención de producir efectos jurídicos

La intención de producir efectos jurídicos es un aspecto que cualifica a los actos unilaterales de los Estados y que los distingue de otros actos del Estado que no tienen como fin la producción de efectos jurídicos.

Siguiendo a Charpentier, Monica Henkel destaca que "En primer lugar, no basta que el Estado anuncie el comportamiento que considera realizar, sino que tenga el deseo de imponerse una conducta jurídicamente obligatoria".[38] Por tanto, en su manifestación de voluntad el Estado autor del acto debe reflejar de forma clara e inequívoca su intención de obligarse por esa conducta anunciada, tal como señala el principio 7 de la Resolución de la CDI sobre los principios rectores aplicables a los actos unilaterales: "Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado solo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar el contenido de esas obliga-

anterior, es decir, de una manifestación de voluntad anterior, aunque es cierto que todo acto unilateral se fundamenta en el derecho internacional; y, por la otra, que los actos unilaterales producen efectos jurídicos independientemente de que los mismos sean o no aceptados por el destinatario". Ver: Rodríguez Cedeño, Víctor (Relator Especial): *Tercer informe sobre los actos unilaterales*, Doc. A/CN.4/505, párr. 60.

[38] Charpentier, Jean: "Engagements unilatéraux et engagements conventionnels: différences et convergences", *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honor of Krzysztof Skubiszewski* Kluwer Law International, La Haya, 1996, p. 372. Henkel, Mónica: "El final de la espiral del caos: la regulación de los actos jurídicos unilaterales de los Estados", *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2011, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542012000100017&script=sci_arttext

ciones, se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló".[39]

Como señaló la Corte Internacional de Justicia en la Sentencia sobre los Ensayos Nucleares,[40] es necesario que el Estado deje clara su intención de que asume un compromiso jurídico, por lo que su comportamiento futuro se encuentra condicionado por la obligación asumida. Sin embargo, no todas las declaraciones unilaterales de los Estados tienen como objetivo la producción de efectos jurídicos en el orden internacional, como quedó reflejado en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de las Actividades Militares y Paramilitares de Estados Unidos contra Nicaragua, en cuanto que la declaración realizada por el Gobierno nicaragüense de realizar elecciones democráticas, no tenía fuerza jurídica pues eran declaraciones políticas que solo surtían efecto en el orden interno, por lo cual quedaba claro su intención de no contraer una obligación en el plano internacional.[41]

La intención de producir efectos jurídicos en el orden internacional es un elemento indispensable que identifica a los actos unilaterales de los Estados en el derecho internacional y que los distingue de otros actos unilaterales producidos por el Estado pero que en un caso son meras declaraciones de carácter político, o que bien solo tienen efectos al interior de los Estados.

Capacidad

Al referirnos a la capacidad para expresar el consentimiento a nombre de un Estado, debemos necesariamente hacer referencia al artículo 7 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados Internacionales, el cual establece que "sin acreditar plenos poderes y en virtud de sus funciones, se consideran representantes de un Estado al jefe de Estado, el jefe de Gobierno y los ministros de relaciones exteriores" "para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado". Esta capacidad se interpreta en el mismo sentido para el caso de los actos unilaterales de los Estados, lo que tiene su fundamento como señalaba el Relator en que "el acto unilateral solo puede ser formulado por la persona habilitada para actuar en nombre del Estado y comprometerle en el plano internacional".[42]

Los informes del relator ampliaron el criterio de capacidad en el sentido de que la actuación de otros representantes pudiera comprometer al Estado, bajo

[39] Doc. A/61/10.

[40] CIJ, *Recueil* 1974, Asunto de los Ensayos Nucleares, (Australia y Nueva Zelanda Vs Francia) Sentencia de 20 de diciembre de 1974, párr. 43 y 44.

[41] CIJ, *Recueil* 1986, Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, (Nicaragua Vs. Estados Unidos de América) Sentencia de 27 de julio de 1986, párr. 261.

[42] Rodríguez Cedeño, Víctor: Quinto Informe del Relator Especial, Adición, Doc. A/CN.4/525/Add.1, párr. 89.

la condición de que el Estado confirme expresamente el acto formulado por una persona no habilitada para ello. En su quinto informe el Relator especial[43] señalaba que para el caso de la confirmación del consentimiento formulado por una persona no habilitada no se adoptaría la fórmula de Viena 69, planteando que la confirmación debía ser expresa, lo que se encontraba más a tono con el enfoque limitado que debía darse a la formulación de los actos unilaterales de los Estados.

Lo cual fue reafirmado en el principio 4 de la Resolución de la CDI cuando dice "Una declaración unilateral obliga internacionalmente al Estado solo si emana de una autoridad que tenga competencia a estos efectos. En virtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores son competentes para formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a este, mediante sus declaraciones, en las materias que correspondan a su esfera de competencia".[44]

La manifestación de voluntad en nombre del Estado realizada por una persona no habilitada para ello, o cuando estando habilitada ha actuado fuera del ámbito de las competencias otorgadas, o en los casos en que se ha excedido en sus competencias, pueden ser rechazadas por el propio Estado en cuyo nombre se produjeron.

Objeto apropiado

El objeto debe ser analizado en relación con el fin que persigue el Estado mediante la realización del acto unilateral de que se trate. Lo primero que debemos evaluar es que todo acto unilateral debe ser compatible con las normas imperativas de derecho internacional general, las que sin lugar a dudas constituyen un criterio de legalidad y validez del resto de las normas del derecho internacional. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados internacionales, es tomado como referente indispensable a la hora de considerar si un acto es contrario a una norma de *ius cogens* internacional. De acuerdo con dicho artículo es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general. La prohibición de realizar actos contrarios al *ius cogens* internacional es reconocida en el derecho consuetudinario, por lo que resulta de aplicación también para el caso de los actos unilaterales de los Estados. Tal y como quedó recogida en el Principio 8 de la Resolución de la CDI cuando dice que "Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general".[45]

---

[43] Ídem, Párr.118 y 119.
[44] Doc. A/61/10.
[45] Ibídem.

Un ejemplo del rechazo casi unánime que provoca en la comunidad internacional la realización por los Estados de actos unilaterales contrarios a las normas imperativas del derecho internacional lo encontramos en el caso de la condena que ha tenido por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el injusto bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba. Desde el año 1992 y de forma reiterada la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado en cada uno de sus períodos ordinarios de sesiones, reiteradas resoluciones que condenan el bloqueo de Estados Unidos como una medida unilateral contraria a las normas básicas del derecho internacional. Estamos ante una medida de carácter interno que tiene efectos extraterritoriales, pues no solo impide la realización de actividades comerciales y financieras entre Cuba y Estados Unidos, sino que sanciona también a terceros Estados que mantengan relaciones comerciales con nuestro país, con la clara intención de privar al pueblo cubano de su derecho a la libre determinación y provocando serias afectaciones al desarrollo de nuestra nación. Los daños[46] que ha ocasionado esta política a nuestro país se reflejan cada año en el informe presentado ante la Asamblea General por los representantes del pueblo cubano.

La licitud del objeto y el fin nos plantea también la problemática que se produce cuando el acto es contrario a una obligación internacional previamente contraída por el Estado que produce el acto, lo que trae a la palestra la discusión en torno a la jerarquía de las fuentes del derecho internacional, discusión latente en la doctrina que se inclina por los derroteros de rechazar el considerar los actos unilaterales subordinados a los tratados y la costumbre internacional, con el fundamento de que al ser estos independientes, la validez de los mismos solo estaría en consonancia con que su objeto y fin no sea contrario a las normas de *ius cogens* internacional.

[46] En el informe presentado en el 2015 se refleja que en el sector de la salud la afectación monetaria acumulada desde el inicio del bloqueo es de 2 541 millones de dólares; en el sector de la alimentación se estima conservadoramente que el monto total de las afectaciones alcanza la cifra de 592 millones 269 mil dólares, por solo citar dos derechos humanos fundamentales, la salud y la educación. Como se expresa en el Informe, el daño económico "considerando la depreciación del dólar frente al valor del oro en el mercado internacional, asciende a 833 755 millones de dólares, a pesar de la reducción del precio del oro en comparación con el período anterior. A precios corrientes, durante todos estos años, el bloqueo ha provocado perjuicios por más de 121 192 millones de dólares". Ver: Informe de Cuba sobre la Resolución 69/5 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada "Necesidad de poner fin al bloqueo económico, comercial y financiero impuesto por los Estados Unidos de América contra Cuba".

Forma y publicidad

El Principio 5 de la Resolución de la CDI reconoce que en materia de forma se admite que las declaraciones unilaterales podrán se formuladas oralmente o por escrito.[47] La fórmula escogida por la CDI en materia de forma es muy amplia, pues en última instancia la forma es una cuestión de importancia, en la medida que aporta claridad a la intención del Estado, tal y como fue reconocido en el informe del Relator Especial cuando señalaba que "la forma puede tener un impacto en la medida en que una declaración pueda ser considerada como que produce efectos jurídicos".[48] Una vez más se reitera que lo determinante es la intención de producir efectos jurídicos y no la forma en que se manifiesta.

En cuanto a la publicidad, los primeros análisis del grupo de trabajo pusieron de relieve el consenso acerca de considerar la publicidad como un requisito esencial de los actos unilaterales, sin embargo no todos los estudiosos del tema lo consideran así. En este sentido Henkel no considera la publicidad como uno de los elementos esenciales del acto unilateral, y lo fundamenta a partir de dos requisitos: la unilateralidad, en tanto en cuanto el destinatario no participa en la elaboración, y la autonomía, al no ser necesario su consentimiento para la producción de efectos jurídicos. Sin embargo reconoce que es necesario que haya lo que denomina "exteriorización mínima de la manifestación de voluntad" y continúa señalando que con el conocimiento del acto por al menos otro sujeto de derecho internacional, el acto jurídico unilateral del Estado adquiere su forma definitiva e inspira confianza en la legitimidad del acto.[49]

Es bueno destacar que los Principios Rectores de los actos unilaterales reconocen como requisito de estos la publicidad de la manifestación de voluntad del Estado que realiza el acto,[50] la cual puede dirigirse a toda la comunidad internacional en su conjunto o a uno o varios Estados o entes.

En mi opinión la publicidad es un requisito básico en materia de actos unilaterales, que cumple la importante función de información, lo que no requiere de formalidades especiales. La publicidad del acto brinda seguridad jurídica a la comunidad internacional, es un indicativo muy importante acerca de la conducta del Estado que la produce. Por otra parte, debemos tener en cuenta que el reconocimiento, la promesa, la protesta, la renuncia y la notificación

---

[47] Doc. A/61/10.

[48] Rodríguez Cedeño, Víctor: Octavo Informe del Relator Especial, Adición, Doc. A/CN.4/557/, párr. 170.

[49] Henkel, Mónica: ob. cit.

[50] El Principio número 1 al definir los actos unilaterales expresa "Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir efecto de crear obligaciones jurídicas". El Principio 6 dice que "Las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades". Doc.A/61/10.

generalmente se realizan bien por declaraciones o por otra vía similar que produce efectos de publicidad.

Modificación y extinción

Otra de las cuestiones de importancia capital de los actos unilaterales es el análisis de la posible modificación o extinción del acto, sobre todo en los casos de que pueda afectar derechos adquiridos por terceros Estados, como ha planteado Orias Arredondo, en su artículo sobre los actos unilaterales en el contexto de la demanda interpuesta por Bolivia contra Chile ante la Corte Internacional de Justicia, por la salida soberana al mar de Bolivia, cuando dice que, "Los actos unilaterales de los Estados nacen como un compromiso ante la sociedad internacional. Por ello, los actos de un Estado les son a sí mismo oponibles por otros Estados, en virtud de la aplicación de los principios de la buena fe, de seguridad jurídica y de *estoppel*, que supone la imposibilidad de un Estado de contrariar actos propios cuando estos actos han generado derechos a terceros Estados y obligaciones al propio Estado. Un Estado no puede contrariar bruscamente sus declaraciones o su comportamiento precedente, cuando ese cambio de actitud infringe derechos adquiridos por terceros Estados".[51]

Al analizar el tema Rodríguez Cedeño parte de reconocer la amplia gama de situaciones que entraña el acto unilateral, pueden estar dirigidos a asumir obligaciones internacionales, consistir en la renuncia a un derecho o pretensión, y también puede ser una protesta, por lo que concluye afirmando que "la modificación del acto, es decir, su revisión, terminación, suspensión o revocación, depende en alguna medida del tipo de acto de que se trate". El relator finalmente llega a la conclusión de que el acto unilateral puede ser revocado con ciertos límites.[52] La CDI finalmente aprobó la aceptación de la revocación de los actos unilaterales, pero bajo el criterio de que esta no sea arbitraria.

La tendencia es por analogía aplicar la convención de Viena de 1969, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70, inciso 1b, en el sentido de que la revocación de un tratado internacional no afectará los derechos, obligaciones o situación jurídica de las partes en este caso creados a consecuencia del acto unilateral y con anterioridad a su revocación. Coincidimos también con aquellos que plantean que la revocación de un acto unilateral debe ser puesta en conocimiento de los Estados afectados, con una fórmula similar a la que recoge el artículo 56 inciso 2 de la precitada convención, debiendo notificar su intención de revocar el acto por lo menos con doce meses de antelación.

---

[51] Orias Arredondo, Ramiro: ob. cit. p. 9.

[52] Rodríguez Cedeño, Víctor: "De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido", disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4941856.pdf, 2008, pp.100-101.

En nuestro criterio no sería conveniente aceptar la irrevocabilidad del acto unilateral en sentido absoluto, sino que se debe acudir en primera instancia a las características del acto, el contexto en el que se realiza, y evaluar si no se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias, que afecte de manera esencial la manifestación de voluntad del Estado emisor.

La interpretación de los actos unilaterales

En materia de interpretación de los tratados internacionales, la mayoría de los autores coinciden en reconocer que dadas las peculiaridades de los actos unilaterales su interpretación debe ser restrictiva.[53] La CDI reconoce tres criterios básicos que deben tenerse en cuenta para la interpretación: el texto de la declaración, el contexto y las circunstancias en que se formuló. Sin embargo, por las dificultades que presenta el tema consideramos que la discusión todavía está abierta, pues la fórmula presentada puede traer desequilibrio en el análisis realizado, quedando a la consideración del que interpreta los factores mencionados.

A manera de conclusión

El acto unilateral del Estado ha adquirido una relevancia especial en el derecho internacional, aunque no hay consenso acerca de su carácter. La diversidad y complejidad de comportamientos que pueden ser subsumidos en esta figura son variadas y provocan confusión.

La diversidad del acto trae como resultado que la creación de una norma jurídica internacional se encuentra condicionada por criterios como la capacidad para crear normas internacionales, la intención de producir efectos jurídicos, así como el contexto en que se realiza y las reacciones que provoca en el resto de los integrantes de la comunidad internacional.

Como ya hemos señalado anteriormente, consideramos que todavía queda camino por recorrer en materia de doctrina, jurisprudencia y régimen jurídico de los actos unilaterales; superar las contradicciones y ambigüedades que aún plantea, constituye un reto para todos, que debe ser superado en tanto en cuanto los Estados cada día utilizan con más frecuencia en la práctica internacional las diversas formas en que se manifiestan los actos unilaterales.

[53] Ídem, p. 95.

ISBN 978-959-7219-40-8

EL DERECHO PÚBLICO EN PERSPECTIVA.
I Simposio Brasil- Cuba de Derecho Público

Del 9 al 11 de septiembre de 2015, se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana el *I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*; un evento binacional organizado por el Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de dicha facultad, por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y por la Facultad de Derecho de Recife de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil).

Este libro recoge las ponencias escritas que se presentaron en el marco de ese *I Simposio Brasil-Cuba de Derecho Público*, como forma de que lo principal de lo allí tratado pudiera trascender el perímetro estrecho (temporal y especial) de ese simposio, y llegar, de este modo, a los interesados.

Esta es una obra coral, levantada de conjunto con el esfuerzo y la aportación conscientes de manos brasileñas y cubanas, como pequeño botón de muestra de lo que se produce hoy sobre Derecho Público en ambas latitudes latinoamericanas; y sin mayores aspiraciones que la de seguir divulgando y tributando al debate jurídico en nuestros dos espacios geográficos y – si se mira algo más allá – al del espacio latinoamericano.

EDITORIAL
UNIJURIS