

A brass scale of justice is the central focus, with its pans hanging from a horizontal beam. In the background, a wooden gavel and an open book are visible, suggesting a legal or judicial context. The entire scene is set against a light, neutral background.

# **ESTUDIOS JURÍDICOS**

**Homenaje al profesor doctor  
EURÍPIDES VALDÉS LOBÁN**

**ANDRY MATILLA CORREA  
ALIE PÉREZ VÉLIZ  
(Coordinadores)**





# **ESTUDIOS JURÍDICOS**

Homenaje al profesor doctor  
**EURÍPIDES VALDÉS LOBÁN**



Eurípides VALDÉS LOBÁN (1957-2007).

# ESTUDIOS JURÍDICOS

Homenaje al profesor doctor  
EURÍPIDES VALDÉS LOBÁN

ANDRY MATILLA CORREA

ALIE PÉREZ VÉLIZ

(Coordinadores)



EDICIONES  
LOYNAZ

Edición y emplane: Vivian M. González González  
Diseño de cubierta e interior: Iliá Valdés Hernández

© Andry Matilla Correa,  
Alie Pérez Véliz, 2016.  
© Sobre la presente edición:  
Ediciones Loynaz, 2016.

ISBN: 978-959-219-486-1

EDICIONES LOYNAZ  
Maceo no. 211, esq. Alameda. Pinar del Río, Cuba  
E-mail: loynaz@pinarte.cult.cu

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

*Legisladores, haced leyes justas. Magistrados, hacedlas ejecutar religiosamente. Que esta sea toda vuestra política, y daréis un espectáculo desconocido al mundo: el de un gran pueblo libre y virtuoso.*

*Sobre la Constitución*  
10 de mayo de 1793, en la Convención  
MAXIMILIEN ROBESPIERRE





# Índice

**Presentación / 13**

**Eurípides Valdés Lobán: Remembranzas / 19**

Karen VALDÉS GONZÁLEZ

## SECCIÓN I

### HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO ROMANO

**La Historia del Derecho en Cuba: retos y perspectivas para el siglo XXI / 27**

Santiago Antonio BAHAMONDE RODRÍGUEZ

**Condicionantes histórico-sociales para la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817 / 37**

Mabys CASTILLO CRUZ y Alejandro L. PERDOMO AGUILERA

**El Colegio Seminario San Basilio Magno y los primeros estudios de Derecho Civil (romano) en Cuba / 53**

Léster A. MARTÍNEZ QUINTANA

**Por la defensa de la autonomía colonial: Félix Varela ante las Cortes ordinarias de 1823 / 65**

Yuri FERNÁNDEZ VICIEDO

**Entre la crisis y la reforma. Itinerario del constitucionalismo cubano (1906-1933) / 78**

Fabrizio MULET MARTÍNEZ

**La recepción de los principios e instituciones del republicanismo romano en la historia constitucional cubana anterior a 1959 / 112**

Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO

**Asociativismo municipal: la visión romanista de su lugar en el modelo republicano. Paralelismos con la concepción del profesor Francisco Carrera Jústiz / 132**

Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR

**Algunos apuntes desde la ley sobre la formación del Gobierno cubano / 143**

Yumil RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

**Breves apuntes para la reconstrucción de la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Oriente / 156**

Grethel ARIAS GAYOSO

**Cuarenta años de Derecho Romano en Cuba (1975-2015) / 164**

Julio Antonio FERNÁNDEZ ESTRADA

**Las salas de justicia familiar en Cuba: una mirada histórica desde el Derecho sustantivo de Familia / 180**

Olga MESA CASTILLO

**Antecedentes históricos del derecho al honor: especial referencia al caso cubano / 194**

Alie PÉREZ VÉLIZ

***Favor debitoris*: de la protección al deudor a la protección de la parte débil en una relación jurídica cualquiera / 213**

Yunier Jorge FEITO ALBA

## SECCION II DERECHO PÚBLICO

**La gestión de la calidad y el principio de independencia judicial. Claves teóricas para su armonización en Cuba / 237**

Rubén REMIGIO FERRO/ Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ y Majela FERRARI YAUNNER

**Los municipios cubanos: de cómo se concibieron a qué se necesita / 261**

Martha PRIETO VALDÉS

**El derecho de asociación en cooperativas. Probables contribuciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano para Cuba / 276**

Orestes RODRÍGUEZ MUSA

**Proceso constitucional. Una mirada general y una propuesta para Cuba de proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales / 294**

Amanda Laura PRIETO VALDÉS

**Los modelos de participación política en Europa y Estados Unidos / 314**

José Luis GARCÍA GUERRERO

**Descentralización administrativa: pequeño boceto / 331**

Andry MATILLA CORREA

### SECCION III

**DERECHO ECONÓMICO, DERECHO FINANCIERO Y DERECHO BANCARIO**

**El Derecho Económico como disciplina científica en el proceso de actualización del modelo económico social cubano. Principales desafíos / 379**

Marta Milagro MORENO CRUZ y Orestes DÍAZ LEGÓN

**El deber de contribuir como fundamento del sistema tributario: un reto para el constitucionalismo cubano / 412**

Liana SIMÓN OTERO

**Apuntes sobre la Ley no. 113, *Del Sistema Tributario*, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba / 429**

Orestes J. DÍAZ LEGÓN y Carlos A. PÉREZ INCLÁN

**Los elementos determinantes de la sujeción al poder tributario en los impuestos sobre la renta / 445**

Carlos A. PÉREZ INCLÁN

**Acuerdos y Convenios entre Administración Tributaria y Contribuyente: los nuevos pasos del Derecho Tributario Cubano / 479**

Yalenni PÉREZ URQUIZA

**El arbitraje interno en los organismos: el rabo de la lagartija / 499**

Narciso COBO ROURA

**Los contratos bancarios / 511**

Alejandro VIGIL IDUATE



Aún guardo fresco en la memoria el recuerdo de mi primer encuentro personal con el profesor Eurípides VALDÉS LOBÁN.

Fue en el primer lustro de la década pasada, en Santiago de Cuba, a donde habíamos viajado los dos para participar, junto con otros profesores de Derecho del país, en una de las reuniones de la Comisión Nacional de Carrera. Él, en su condición de Jefe de Carrera de la recién abierta Licenciatura en Derecho en la Universidad de Pinar del Río. Yo, como –muy joven– Vicedecano de Universalización de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; un programa que también por ese entonces daba sus primeros pasos en todo el país, y en el que La Habana había sido el territorio pionero en practicarlo.

Para mí, era la primera experiencia efectiva como miembro de la Comisión Nacional de Carrera, y coincidí con el profesor VALDÉS LOBÁN, además, en la casa de visitas donde nos tocó alojarnos, junto a otros pocos profesores y profesoras de Derecho, en el Reparto Vista Alegre, una tranquila y hermosa zona de la ciudad santiaguera.

De esos días, al verle por primera vez, un hombre en la segunda mitad de los cuarenta años, me llamó la atención que casi siempre estuviera muy serio, callado, con cierta pose intelectual constante. Le recuerdo leyendo o con un libro en la mano cuando no estaba conversando con otros profesores que le conocían. Yo no le conocía personalmente; tampoco sabía quién era. Recuerdo que le pregunté a la profesora Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ, a la que yo acompañaba como parte de la representación de la universidad capitalina, quién era esa persona. Por ella supe que era un profesor pinareño, y otros datos que ahora no recuerdo.

En esos días pude hablar –poco– con el profesor VALDÉS LOBÁN. Y supe de su desempeño como profesor, de su doctorado en España (Universidad de Alicante) sobre un tema de Derecho

tributario cubano, de sus inquietudes por la Historia, por el Derecho Constitucional y por el Derecho Romano; de sus trabajos sobre Derecho Económico; incluso, a la vuelta de esa reunión, en alguna revista especializada, de la década de los ochenta, encontré algún trabajo de su autoría en el que antes no había reparado.

Con el tiempo coincidimos en actividades científicas o académicas y entramos en cierta relación profesional, que devino en cierta cercanía, con el profesor VALDÉS LOBÁN, al punto que para mí sería luego siempre el profesor EURÍPIDES, como (casi) todos, discípulos y compañeros, le llamaban en su querida ciudad de Pinar del Río.

Igualmente con el tiempo, supe de su devoción por el profesor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, del que se consideraba discípulo y a quien le unía una buena amistad, y a quien visitaba en su casa cuando por algún motivo EURÍPIDES venía a La Habana. A ambos les unían —entre otras cosas— el interés especial por el Derecho Romano, y su afán por promover su estudio.

Supe también de algunos de los escritos e intervenciones de EURÍPIDES sobre el tema del control de constitucionalidad en Cuba, que no dejaron de generar hasta alguna polémica —injustificada, creo yo— en su momento.

Ante mi interés por los temas de Derecho Financiero, y mi insistencia por tener un ejemplar cuando conocí de la existencia de esa obra, me hizo llegar un ejemplar de su libro: *La imposición sobre el consumo en Cuba. Valoración crítica y propuesta de reforma*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, Alicante, 2002. Un texto fruto de su tesis de doctorado en dicha universidad y que hasta ese momento había tenido muy poca divulgación entre los juristas cubanos. De hecho, luego del fallecimiento del profesor EURÍPIDES, llegaron a mis manos parte de los ejemplares que aún le quedaban del libro, y me encargué personalmente de hacerlos llegar a algunas bibliotecas de Facultades de Derecho del país y de otras instituciones especializadas, así como de entregarlo a algunos profesores jóvenes que enseñan el Derecho Financiero, ávidos de acceder a información sobre la materia y, especialmente, a información facturada por manos cubanas.

EURÍPIDES fue además un importante promotor de encuentros científicos internacionales sobre el Derecho Romano, que asentó en Pinar del Río. Encuentros que aún se realizan, y que han continuado jóvenes profesores de esa universidad que contaron, en un primer momento, con el aliento de su magisterio.

En diciembre de 2006, ya estando seriamente enfermo, pude participar como profesor de un curso sobre Derecho Administrativo, dentro de la primera edición (creo que la única que logró realizarse) del programa de Especialidad en Asesoría Jurídica, con mención en Derecho Fiscal y Bancario, ideado e impulsado por el propio EURÍPIDES y organizado por el Departamento de Derecho de la Facultad de Humanidades de la Universidad de Pinar del Río y por el Departamento de Asesoría Jurídica y Derecho Internacional la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Programa que fue una muestra de su interés y empeño por promover y desarrollar, especialmente en la provincia de Pinar del Río, la superación profesional de juristas, fundamentalmente en materia de Derecho Económico, Derecho Financiero y Derecho Bancario.

En esos días de diciembre de 2006, mientras impartí aquel curso en la ciudad de Pinar del Río, no pude verlo personalmente sino hasta casi el momento de mi regreso a La Habana. Allí, me encontré con él gracias a una rápida visita que le hice en su casa, y su gentileza de recibirme, pues su estado de salud, producto además del tratamiento médico al que estaba sometido, no le permitió compartir más tiempo conmigo. Aún así, en ese momento hablamos sobre mi estancia, de mi valoración sobre ese grupo de estudiantes de posgrado, y de alguna planificación conjunta de proyecto a futuro.

El fallecimiento del profesor EURÍPIDES, en junio de 2007, me llegó a través de la nota al respecto que circuló la presidencia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, justo cuando estaba yo por regresar de una estancia de trabajo en Francia. Sentí mucho su muerte, con todo y que yo no era, en propiedad, un allegado suyo, sino más bien un joven colega con el que tenía buenas relaciones de trabajo y cordiales relaciones personales. Y ese sentimiento estuvo ligado, además de a su valía como persona y como jurista, también a que pensé —y aún pienso— que habíamos perdido a alguien muy valioso y trabajador en pos de la promoción y desarrollo científico del Derecho cubano, dentro de un contexto nuestro donde no es moneda corriente encontrar profesionales que apuesten firmemente, con empeño y compromiso, «contra viento y marea», y en circunstancias que distan mucho de ser del todo favorables, por un objetivo como ese.

Tiempo después de la desaparición física del profesor EURÍPIDES, tuve una visita de una joven graduada de Derecho de la Universidad de Pinar del Río, quien fue a verme al



departamento docente donde trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana; ahora no puedo precisar con exactitud la fecha. Era alguien de quien yo solo tenía muy pocas y lejanas referencias — muy buenas, por cierto—. De lo que yo sabía, de lo que pude ver superficialmente ese día, y del contacto posterior que comenzamos a tener, pude sacar en claro que la muchacha destilaba talento, que venía con grandes ímpetus, con ciertos rasgos de atrevimiento y de irrefrenable en sus juicios jurídicos, lo cual es muy propio de la juventud; y que, en todo ello, estaba la mano del profesor EURÍPIDES.

En ese encuentro, que tenía un claro y muy noble motivo, Liana SIMÓN OTERO me dijo que acudía a mí buscando mi colaboración, porque tenía mucho interés por encaminarse en los estudios del Doctorado en Ciencias Jurídicas; y que había ido a verme, precisamente a mí, porque EURÍPIDES le había dicho que, de no ser él, y ante su ausencia, la persona que le aconsejaba podía guiarla por ese camino del doctorado era yo. Fue esa una revelación inesperada para mí; ni siquiera imaginaba que EURÍPIDES pudiera tener una opinión de ese tipo sobre mi persona. Aún, sigo sin saber el por qué depositó en mí esa confianza; aunque me he sentido — y me sigo sintiendo — sumamente honrado por ello.

En definitiva, lo cierto es que no pude negarme, y tampoco lo pensé dos veces para aceptarlo. Hoy, LIANA es una de mis más serias doctorandas, talentosa y trabajadora; previamente había sido una de mis más serias maestrantes.

Acudo a estas remembranzas y valoraciones personales en esta presentación — quizás amplificando el tono personal, algo que espero me perdone el lector —, precisamente porque ellas, junto con las evidencias de la labor profesional de EURÍPIDES, su actividad docente, su hacer en pro de la promoción y desarrollo del Derecho en su provincia natal, y en favor del trabajo de la Unión de Juristas en ese territorio, la estela de cariño y reconocimiento que allí dejó, pero también a nivel nacional, sus trabajos escritos, y el recuerdo de su bonhomía y condición humana, constituyen el arsenal — sobrado — de argumentos, para justificar la existencia de un libro homenaje como este que presentamos. Un justo homenaje, bien ganado, también bien justificado en su uso como medio

EURÍPIDES logró despertar el respeto y la admiración, especialmente, de los jóvenes, sobre todo los de la joven carrera de Derecho en la Universidad de Pinar del Río. Una carrera que ayudó a implementar en dicho centro de educación superior, que impulsó y lideró en sus primeros momentos, a la que se

dedicó con convicción y «en cuerpo y alma» — no sin encontrar dificultades —, hasta su último aliento.

En esas aulas de Derecho de la provincia más occidental de Cuba aún está vivo su recuerdo; y en ellas planea plenamente vigente su espíritu, como elemento que da energía a muchos de los talentos jóvenes que han salido de allí y que hoy enseñan, a pesar de esa juventud, en ese mismo lugar donde un día enseñó EURÍPIDES. El grupo más destacado de jóvenes profesores del Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río, con talento, con sus ganas de hacer, su esfuerzo y su labor, nos están dando claras señales que para formar juristas en Cuba no hay universidad pequeña, no hacen falta «grandes nombres de rimbombante resonancia», ni es tan fatal el «fatalismo geográfico», cuando hay vocación, aptitud, conciencia, ganas de hacer y convicción de que no hay logros sin grandes sacrificios. En todo eso, de algún modo, me gusta pensar que algo de la mano de EURÍPIDES ha quedado.

Tal vez no pueda decirse que en el firmamento de los grandes nombres del Derecho cubano en los últimos tiempos, fulgura el de EURÍPIDES entre los más trascendentes; aunque méritos no le faltan para apreciarlo como un gran profesional del Derecho en Cuba. Su obra escrita, truncada con su muerte prematura, estaba destinada, a partir de lo que venía haciendo en sus últimos tiempos, a crecer con nuevas aportaciones. Contribuciones que nos hubieran dado nuevas piezas a no desdeñar, dentro del debate jurídico nacional; tan necesitado ingentemente de piezas sustanciales para abonarlo con provecho.

Sin embargo, no creo desatinado decir que EURÍPIDES sí fue un «caudillo local» a partir de su quehacer — y los resultados —, por promover y desarrollar el Derecho en su Pinar del Río natal. Allí hizo su «feudo» profesional; desde allí trascendió y se proyectó su trabajo; allí consolidó su labor en pro del universo jurídico. No buscó más fronteras en ello, porque no lo necesitó y no se lo propuso. Sus miras en ello no eran «grandes» ni ambiciosas; su objetivo era simplemente trabajar en y por lo que creía.

En tiempos donde las cosas y los hombres pasan de modo vertiginoso, hacer un alto para honrar la memoria de quienes merecen ser recordados por lo que — en mayor o menor envergadura — han hecho en función de fomentar nuestro desarrollo jurídico, no es sino algo de justicia, necesario, y que, a no dudar, tributa de algún modo a ese propio desarrollo jurídico.

Con ese telón de fondo, es que la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, de conjunto con el Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río y la Unión de Juristas de esa provincia, organizaron la II Jornada Nacional de Historia del Derecho. Evento que sesionó los días 1 y 2 de abril de 2015, en la ciudad vueltabajera, constituyéndose en un encuentro en homenaje al doctor Eurípides VALDÉS LOBÁN.

Algunos trabajos de los allí presentados como ponencias, constituyen parte de este libro, que desde antes de esa jornada ideamos y que luego nos dimos a la tarea de intentar materializar como manera de perpetuar la memoria del doctor VALDÉS LOBÁN. Sobre la marcha, y por expresa invitación nuestra, sumamos otros escritos a este homenaje (no todos los que quisiéramos, porque razones objetivas nos lo impidieron); con la pretensión, nada «grande ni ambiciosa», de dar a la luz una obra colectiva en la que figuraran campos temáticos del Derecho relacionados – en alguna medida – con las principales zonas de la labor profesional, académica y científica donde el homenajeado cobró visibilidad.

Asimismo, buscamos que en estas páginas hubiera buena representación de profesores pinareños; pero, además, que otros – como lo hicieron – se sumaran a ellas. De tal suerte, se ha logrado una composición de autores donde aparecen figuras jóvenes, junto a destacados nombres de nuestro universo jurídico nacional, que conocieron a EURÍPIDES, y que acudieron prestos y sin vacilar a este homenaje cuando los convocamos.

En definitiva, como idea esencial para concretar este homenaje, nos propusimos hacer una obra colectiva que fuera, en lo esencial, «sin grandes ambiciones», pero en la que desde nuestros modestos esfuerzos y condiciones (materiales e intelectuales), él hubiera querido participar y leer.

El resultado lo ponemos a consideración del lector, y solo esperamos que, como lo escrito por el propio EURÍPIDES, este libro sea pieza que resulte de utilidad para seguir promoviendo entre nosotros el debate sobre temas jurídicos.

Andry MATILLA CORREA\*  
La Habana, julio 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).

**Eurípides Valdés Lobán:  
Remembranzas**

Karen VALDÉS GONZÁLEZ\*

«[...] El hombre vale no por sus títulos de familia  
ni por lo que hereda, sino por lo que  
por sí propio hace y conquista».

JOSÉ MARTÍ

Representa un inmenso orgullo para mí —como hija—, escribir estas remembranzas para una obra, homenaje a mi padre, a quien considero excepcional, por muchos motivos que expongo a continuación, y a quien no tuve el placer de disfrutar como profesor ya que la vida no le alcanzó para eso. Quizás, por razones obvias, no encuentre las palabras adecuadas para enaltecer sus méritos académicos y personales, y todo lo que le deben la Universidad de Pinar del Río y los juristas de esta provincia.

La historia de este gran hombre, jurista, pedagogo, padre, hijo y amigo, está plegada de ética, profesionalismo, principios, capacidad creadora, personalidad propia y, sobre todo, de mucho sacrificio y entrega constante a su trabajo que, sin duda alguna, constituyó una de sus razones de ser.

El doctor VALDÉS LOBÁN constituye un paradigma para todo futuro jurista, incluso más allá de nuestras fronteras, no solo por ser el primer doctor en Derecho en la provincia y el primero en Derecho Financiero y Tributario del país, sino también por su amplia trayectoria e influencia en el estudio de las ciencias jurídicas en nuestra universidad provinciana; por la extensa e inigualable labor investigativa que desarrolló en temas tan variados que iban desde investigaciones dirigidas al estudio del Derecho en su mayor complejidad, hasta aquellas de corte literario e histórico; además del papel que desempeñó en la fundación y coordinación de importantes eventos tanto nacionales como internacionales, principalmente con el objetivo de promover y ampliar los conocimientos acerca del Derecho Romano, pues siempre se caracterizó por ser un asiduo romanista.

\*Recién graduada de la Licenciatura en Derecho (2016), por la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río, Cuba. Hija del profesor doctor Eurípides VALDÉS LOBÁN.

En el marco de la II Jornada Nacional de Historia del Derecho, es este un merecido homenaje a quien luchó incansablemente porque esta carrera se estudiara en la Universidad de Pinar del Río.

### **Los primeros años**

Eurípides VALDÉS LOBÁN nace el 28 de octubre de 1957 en la ciudad de Pinar del Río, hijo de Lázara Lobán Marichal y Casimiro Valdés Reyes. Cursa sus estudios primarios en la Escuela Primaria Nacional Carlos Manuel de Céspedes, donde ocupa, desde muy temprana edad, cargos pioneriles, dejando entrever su vocación de líder. En tercer grado es seleccionado como Jefe de Destacamento y recibe la distinción «Marcial Alvarado» a nivel provincial, de conjunto con otros reconocimientos nacionales, por lo que su destacamento (de nombre ARTEX) y él como jefe del mismo, son elegidos para viajar a un campamento, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), como reconocimiento a su labor pioneril.

### **Adolescencia y juventud**

La enseñanza secundaria la realiza en la Escuela Secundaria Básica Urbana (ESBU) Julio A. Mella donde ocupa importantes cargos estudiantiles. Concluye sus estudios en esta enseñanza con muy buenos resultados y es seleccionado para el proceso especial de la Unión de Jóvenes Comunistas (UJC).

Continúa sus estudios en el Instituto Preuniversitario en el Campo (IPUEC) Antonio Guiteras Holmes donde cursa la enseñanza media superior, esta etapa no estuvo exenta de su participación como dirigente de la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media (FEEM). Se graduó de Bachiller en Ciencias y Letras en esta misma institución y aprobó los exámenes de ingreso a la Educación Superior optando y siendo merecedor de la carrera de Derecho.

La Universidad de La Habana lo recibe para realizar sus estudios de nivel superior en la carrera de Derecho, y se vincula con diferentes actividades de la Federación Estudiantil Universitaria (FEU) de dicho centro. Durante esos años obtiene buenos resultados por su constancia e inteligencia, llegando a ser alumno ayudante del doctor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ. En el año 1981 se gradúa como Licenciado en Derecho, siendo el tema de su tesis: «La Delincuencia Infantil».

## **El Derecho, pasión y arma en defensa de la Revolución Cubana**

El Ministerio de la Agricultura (MINAGRI) le abre las puertas para su inicio en la vida laboral. Ahí trabaja como especialista en el Departamento de Arbitraje Estatal y Territorial. Posteriormente se desempeña en varias funciones, hasta que regresa a Pinar del Río como especialista principal de la Dirección Provincial de Justicia y vicepresidente de la Unión de Juristas de Cuba.

Realiza estudios de nivel postgraduado en las siguientes materias: Derecho Procesal Penal, Teoría del Estado y del Derecho, Derecho Procesal Civil, Psiquiatría Forense, Metodología para la Investigación Científica, Contratos Económicos, Modalidades de la Propiedad Industrial, Derecho Administrativo, Actualización de Árbitros y Especialistas en Temas de Legislación Económica, Disciplina Laboral y Responsabilidad Material, Los sistemas de Derecho Internacional Privado (DIPRI), Las normas de conflicto en el nuevo *Código Civil*, El proceso de integración de América Latina, Temas de Economía para Juristas, Derecho Económico, Sobre la Ley General de la Vivienda, Derecho Mercantil Nacional, Internacional y Marítimo, Sobre la práctica y apreciación de la prueba en el proceso penal, Filosofía del Derecho, Delincuencia Económica: esencia, desarrollo y estrategia alternativa, El procedimiento de los Tribunales Municipales Populares en materia penal, Desarrollo Organizacional, Derecho Médico, Delito Económico, Problemas políticos y jurídicos actuales, Teoría de las Obligaciones y Contratos, Sistemas Electorales y Defensa Constitucional, Derecho Financiero, Derecho Tributario, Derecho Penal, Economía Ecológica y Ambiental, Protección a la Propiedad Industrial, Modelos Constitucionales y Derechos Humanos, y Derecho Ambiental.

Su actividad profesional se dirige fundamentalmente hacia la actividad académica. Desde el año 1990 preside el claustro de profesores de Derecho en la provincia e imparte múltiples cursos de postgrado y realiza ingentes esfuerzos para que se abrieran los estudios de esta carrera en la Universidad de Pinar del Río, anhelo que se cumple hace más de una década.

Como profesor universitario imparte varias disciplinas: Derecho Constitucional, Derecho Romano, Teoría General del Estado y del Derecho, Derecho Financiero y otras; además de cursos de postgrado sobre: Derecho Procesal Civil, Derecho Laboral, Derecho Internacional Público y Privado, Derecho Romano, Criminología, Derecho Económico, Derecho Administrativo, Historia General del Estado y el Derecho, Empresas Mixtas y Derecho Mercantil

Internacional, La inversión extranjera en Cuba, y El Sistema Tributario Cubano

Fue profesor-tutor de un grupo de alumnos italianos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari, Cerdeña, Italia, en el Seminario de Derecho Romano, los que desarrollaron el tema «El constitucionalismo en José Martí. Influencia Romanística». Impartió Derecho Cooperativo en la Maestría sobre Economía Solidaria, en la ciudad de Montería, Córdoba, Colombia.

Le es otorgada una beca en España, en la Universidad de Alicante, para realizar estudios de Maestría y Doctorado en Derecho Financiero y Tributario. Como Profesor Invitado de ese centro de altos estudios, imparte conferencias en las Facultades de Sociología, Derecho y Ciencias Económicas.

En ese país desarrolla una importante labor de solidaridad a favor de Cuba y su Revolución. Publica artículos en distintas revistas, imparte conferencias y ofrece entrevistas televisivas. Se gradúa de Máster en Tributación, el 8 de noviembre de 1999. Dos años más tarde culmina su Doctorado, el cual gravitaba sobre la misma rama de su maestría. Su tesis doctoral fue un excelente estudio por el que recibió múltiples felicitaciones y lauros por su labor.

Fue miembro de número de las sociedades científicas cubanas de Derecho Económico y Financiero (desde 1987), Derecho Constitucional y Administrativo (desde 1992), y Derecho Laboral y Seguridad Social; de los consejos científicos de la Universidad de Pinar del Río y de su Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas; asimismo fue profesor de número de la Cátedra Honorífica de Derechos Constitucionales y Humanos, adscrita a la Universidad Pedagógica de Pinar del Río, desde su fundación en el año 1995; presidente del Capítulo Provincial de Pinar del Río de la Sociedad de Científica Cubana de Derecho Mercantil; miembro del Grupo Nacional de Estudios sobre Desarrollo Cooperativo y Comunitario de Cuba, anexo al Ministerio de Educación Superior desde 1995; miembro de la Sociedad Cultural José Martí y vicepresidente de la filial pinareña; presidente de la Cátedra Honorífica de Derecho Romano, adscrita a la Universidad de Pinar del Río. También fue corresponsal para Cuba y el Caribe de la revista electrónica *Diritto@Storia*, publicada por la Universidad de Sassari, Italia.

Su participación activa en todas estas organizaciones le valió un gran prestigio y reconocimiento tanto en el ámbito jurídico y pedagógico, como en el social, donde ya era conocido y respetado por muchos.

Con respecto a su impresionante labor investigativa, intervino en más de 200 eventos científicos desarrollados en Cuba, Argentina, Colombia, México, Panamá, España e Italia, de ellos más de cien, de carácter internacional, en la mayoría como ponente. Tuvo más de 52 publicaciones —libros, artículos y ensayos— en Cuba, Argentina, Colombia, México, Italia, España y Rusia; y asistió a múltiples cursos, pasantías y adiestramientos de postgrado en instituciones académicas cubanas, españolas e italianas.

### Epílogo

Durante el año 2006 su salud se resiente, no obstante, cumple con todos sus compromisos académicos y sociales. Al año siguiente, se celebran en Pinar del Río y La Habana, el Congreso Latinoamericano de Derecho Romano (del 27 de mayo al 3 de junio), el cual fue preparado con el máximo esmero por él y sus colaboradores, pero debido a su delicado estado de salud, no puede comparecer personalmente, aunque sí lo estuvo en espíritu, al recordársele en todas las sesiones realizadas en su ciudad y en La Habana, en los discursos de clausura, así como en la Conferencia Plenaria que en el Aula Magna de la Universidad de La Habana, pronunció el profesor FERNÁNDEZ BULTÉ.

A pesar de todos sus esfuerzos por vivir y continuar aportando a la sociedad, la muerte le gana la batalla y fallece el 18 de junio de 2007, debido a una penosa enfermedad.

Numerosos mensajes de condolencias se recibieron desde varias asociaciones de amistad y solidaridad con Cuba, y de personas que compartieron con él su labor como jurista y le tenían en alta estima. Esto es solo una muestra:

*[...] es tremendamente dolorosa la pérdida de gente de la valía de Eurípides. Desde La Rioja, donde su presencia, con su claridad de pensamiento, dejó un grato recuerdo, estará siempre presente.*

ASOCIACIÓN DE AMISTAD RIOJA-CUBA, ESPAÑA.

*[...] le recordaremos por su gran defensa de los valores humanos y de la Revolución Cubana.*

ASOCIACIÓN HISPANO CUBANA 26 DE JULIO, GIJÓN, ASTURIAS.

*El compañero Eurípides Valdés colaboró muy activamente con nuestra asociación, defendiendo en nuestra tierra, con valentía, los altos valores e ideas de la Revolución Cubana, y dejó una huella especial*



*en todo el colectivo. Eurípides estará siempre en cada actividad de solidaridad que hagamos. Le recordaremos siempre.*

ASOCIACIÓN DE AMISTAD EUSKADI-CUBA, PAÍS VASCO.

*[...] excelente camarada revolucionario, que tantas cosas nos enseñó sobre Cuba, siempre que visitó nuestra asociación.*

ASOCIACIÓN HISPANO-CUBANA PAZ Y AMISTAD, AVILÉS, ASTURIAS.

*Es una gran pérdida para Cuba y también para los que nos consideramos sus amigos. [...] durante sus diferentes estancias en nuestro país, colaboró en numerosas ocasiones en las diferentes actividades de solidaridad política, llevadas a cabo por nuestra organización, con el fin de romper el bloqueo informativo y combatir las mentiras que sobre Cuba, su pueblo y su Revolución se difunden en los diferentes medios de comunicación. En esta tarea el compañero Eurípides se volcó siempre con desinterés, con entusiasmo y con brillantez. Tal es así, que la transcripción de algunas de sus charlas, siguen colgadas de nuestra página web a pesar del tiempo transcurrido y siguen siendo guiones utilizados para charlas, entrevistas y como material informativo sobre diferentes aspectos de la Revolución Cubana. Nos gustaba porque era muy claro en sus planteamientos y al mismo tiempo muy flexible a la hora de entender y aclarar las dudas y preguntas realizadas por el público, que sufre esa desinformación a la que antes nos referíamos. Del compañero Eurípides aprendimos muchas cosas, y vivirá siempre en nuestros corazones.*

COORDINADORA ESTATAL DE SOLIDARIDAD CON CUBA (Coordinadora de grupos que trabajamos en el ámbito del Estado español).

*Lloro junto con ustedes por la tan prematura pérdida terrena de nuestro querido Eurípides, ¡hombre maravilloso, jurista sumo, amigo inigualable! ¡Absolutamente inolvidable!*

VITTORIO DI CAGNO

PRESIDENT D'HONNEUR DE LA COMMISSION DE  
COOPERATION NOTARIALE INTERNATIONALE (CCNI).

Este intento no pretende concluir caminos, solo incita a continuarlos a través de su ejemplo. Sirva este texto como digno homenaje al doctor Eurípides VALDÉS LOBÁN quien amó el Derecho y su país, como a la vida misma.

## **SECCIÓN I**

# **HISTORIA DEL DERECHO Y DERECHO ROMANO**



## **La historia del Derecho en Cuba: Retos y perspectivas para el siglo XXI\***

Santiago Antonio BAHAMONDE RODRÍGUEZ\*\*

En primer lugar, quiero comenzar expresando nuestro agradecimiento a la Universidad de Pinar del Río y a la Unión de Juristas en la más occidental provincia cubana por su afectuosa acogida y por la esmerada organización de este evento, que, auguramos desde ya, será todo un éxito.

En segundo lugar, recordar la memoria de nuestros antecesores en el difícil arte de enseñar la Historia del Derecho, en especial a dos de ellos: Julio FERNÁNDEZ BULTÉ y Eurípides VALDÉS LOBÁN. El primero maestro de casi todos los historiadores del Derecho existentes en el país y el que sentó las bases para su enseñanza y difusión entre las futuras generaciones de juristas. El segundo, el principal estudioso de los estudios históricos aquí en la Universidad de Pinar del Río y cuya influencia es palpable en la formación de los historiadores de esta provincia, como lo demuestra el sentido homenaje que se le acaba de tributar. A ellos nuestro eterno agradecimiento por sus aportes, por su ejemplo, y por habernos enseñado el camino de los complejos vericuetos de la Historia.

En el día de hoy, he de reconocerlo, he sido puesto ante un grave aprieto por los organizadores de este evento. Para ello hay dos razones fundamentales. En primer lugar, no creo reunir los méritos científicos o académicos de las personas que debo sustituir, ausentes por razones de enfermedad o trabajo, por lo que este inmerecido honor entraña un reto y un compromiso de futuro para mi persona. En segundo lugar, por el hecho de cómo afrontar este particular desafío. Sin dudas, sería mucho más cómodo abordarlo

\*Texto de la Conferencia pronunciada en la ciudad de Pinar del Río, el 1 de abril de 2015, en el acto inaugural de la II Jornada Nacional de Historia del Derecho y homenaje al doctor Eurípides VALDÉS LOBÁN, organizada por la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, con el coauspicio del Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río «Hermanos Saíz Montes de Oca».

\*\*Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Principal de Historia del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

desde la perspectiva de un tema histórico conocido, sobre el cual se haya investigado a profundidad. No obstante, esto malamente llenaría este espacio, y sería más apropiado para uno de los paneles de debate. Es por ello que tras una larga reflexión he decidido abordar el tema de la Historia del Derecho en Cuba, desde la perspectiva de su estado actual, sus retos y su futuro. No se trata, por lo tanto, de ideas acabadas, sino apenas de una primera aproximación a un tema apenas tratado. No espero que todos coincidan conmigo en sus apreciaciones, sino que estas los muevan al debate y la reflexión para hacer de la Historia del Derecho, tanto desde el punto de vista científico como docente una disciplina mejor.

Sin dudas, Cuba tiene una importante tradición en cuanto a la Historia del Derecho se refiere, cuyos orígenes se remontan al siglo XIX. Lamentablemente, en los últimos años, pese a los loables esfuerzos del doctor FERNÁNDEZ BULTÉ y un grupo de colaboradores en las distintas universidades del país, dedicados con ahínco a su desarrollo y difusión, es perceptible la existencia de un importante nivel de desinterés por parte de los estudiantes y profesionales del Derecho acerca del tema. Igualmente, se puede constatar un desfase, entre la calidad de la producción nacional y la que se realiza en otros países, sobre todo del ámbito europeo<sup>1</sup> y latinoamericano.<sup>2</sup>

Parte de las dificultades que hoy presenta la Historia del Derecho en Cuba están vinculadas con las crisis que viven las ciencias históricas desde el siglo pasado, que han llevado, en alguna medida, al descrédito de la misma, al fracasar estrepitosamente

<sup>1</sup>Paolo GROSSI: *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996; Maurizio FIORAVANTI: *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001; Pietro COSTA y Danilo ZOLO (Editores), *The rule of law. History, Theory and Criticism*, Springer Editors, Dordrecht, 2007; Carlos PETIT: *Fiesta y contrato. Los negocios taurinos en los protocolos sevillanos*, Universidad Carlos III, Madrid, 2011; Maurizio FIORAVANTI: *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

<sup>2</sup>Gabriel BARRIENTOS GRANDÓN: *La cultura jurídica en la Nueva España*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993; José Antonio CABALLERO JUÁREZ y Oscar CRUZ BARNEY (Coordinadores): *Historia del Derecho. Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005; Víctor ANZOÁTEGUI TAU: *El taller del jurista*, Universidad Carlos III, Madrid, 2011; José Ramón NARVÁEZ y Javier ESPINOSA DE LOS MONTEROS (Coordinadores): *Interpretación jurídica. Modelos históricos y realidades*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011; Ricardo Marcelo FONSECA: *Introducción teórica a la Historia del Derecho*, Universidad Carlos III, Madrid, 2012.

a la hora de predecir el futuro de la humanidad —se ha llegado a hablar incluso del fin de la Historia—. En buena medida, este se ha extendido al campo de las ciencias jurídicas, llevando a una profunda incomprensión sobre los aportes de la Historia, como base para explicar el pasado, para entender el presente. Este problema lo vemos cada día los que impartimos las asignaturas históricas, con excepción quizás del Derecho Romano, y puede resumirse en esta interrogante: ¿para qué sirve la Historia?

No hay dudas de que las nuevas generaciones, impulsadas por una visión eminentemente positivista y práctica, no solo del Derecho, sino también de la vida, se cuestionan el valor de materias que no inciden directamente en su formación para el ejercicio profesional. Conductas similares pueden observarse entre los diferentes operadores del Derecho, e incluso, y esto resulta lo más triste, en algunos sectores de la academia. Con ello, parece olvidarse que uno de los valores esenciales de nuestra profesión es la cultura de la que siempre han hecho gala sus representantes. Igualmente parece desdeñarse el papel de la Historia en la formación de un jurista comprometido con su tiempo.<sup>3</sup> Tampoco parece influir en esta situación la evidencia de que, en una profesión como la jurídica, que toca los más caros intereses del ser humano, toda preparación que pueda dársele a un estudiante, resulta poca.

Quizás para comprender un poco esta situación sea necesario ir a las raíces de nuestra Historia del Derecho, como vía para comprender las problemáticas actuales.

La Historia del Derecho aparece en Cuba a mediados del siglo XIX, o sea, en plena época colonial, con la obra de Antonio Prudencio LÓPEZ, *Breve reseña histórica del Derecho de Ultramar*,<sup>4</sup> resultó la obra pionera de su género en nuestro país al abordar la Historia del Derecho de indias. Quizás su aporte fundamental estuvo dado por separar la historia del Derecho en Cuba, de la historia del Derecho español, que entonces se enseñaba en la Universidad de La Habana. Por otra parte, por su contenido resultaba, una obra esencialmente positivista, tendencia que todavía perdura entre nuestra historiografía jurídica. A esta temprana obra decimonónica habría que añadirle la de José María MORILLA, dedicada al Derecho Administrativo, donde aparecen algunas

<sup>3</sup> En fechas recientes se ha comenzado a discutir la posibilidad de reducir los estudios de Derecho a cuatro años, siguiendo el modelo del Plan Bolonia.

<sup>4</sup> Antonio Prudencio López: *Reseña histórica del derecho de ultramar*, Imprenta La Antilla, La Habana, 1864.

consideraciones históricas sobre el origen de determinadas instituciones de esta rama del Derecho.<sup>5</sup> En esencia, el principal aporte de estas obras iniciales tuvo que ver con un deslinde con respecto a la historiografía española de la época, marcando las peculiaridades del Derecho local frente al metropolitano.

Con la República debió nacer en Cuba la historiografía jurídica. Sin embargo, durante los primeros años, dejando alguna obra histórica dedicada a una institución peculiar del Derecho,<sup>6</sup> o los trabajos criminológicos de Fernando ORTIZ, poco aportó esta etapa al conocimiento de nuestras raíces jurídicas.

¿Falta de talento o de vocación histórica entre nuestros estudiosos del Derecho? No lo creemos así, al contrario, la primera mitad del siglo esta llena de talentosos profesionales, muchos de ellos con amplia vocación y aptitud para la Historia. Sin embargo, precisamente el único intento de obra general de Historia del Derecho elaborado en esta etapa resulta trunco antes de su conclusión, además de ser una obra de la década de los treinta.<sup>7</sup> Sin dudas, ello nos lleva a preguntarnos: ¿Qué factores incidieron en el lento despegue de los estudios de Historia del Derecho en Cuba durante los años de la república?

<sup>5</sup> José María MORRILLA: *Breve tratado de Derecho administrativo español general del Reino y especial de la isla de Cuba* [s.n.], La Habana, 1847.

<sup>6</sup> Leopoldo CANCIO Y LUNA: *Haciendas comuneras* [s.n.], Habana, 1902; Francisco PALMA DEL CASTILLO: *Compilación de las disposiciones vigentes sobre haciendas comuneras con notas y formularios*, Imprenta Rambla y Bouza, Habana, 1904; Francisco CARRERA JÚSTIZ: *Introducción a la historia de las instituciones locales en Cuba*, La Moderna Poesía, La Habana, 1905, 2 t; José Rafael CAÑIZARES Y GÓMEZ: *Historia, deslinde y reparto de haciendas comuneras*, J. Berenguer, Santa Clara, 1910; Benito CELORIO ALFONSO: *Las Haciendas comuneras*, Imprenta Rambla y Bouza, Habana, 1914; Emeterio S. SANTOVENIA Y ECHAIDE: *Las Constituciones cubanas de Guáimaro, Jimaguayú y La Yaya*. Discursos leídos en la sesión celebrada en el Club Rotario de La Habana el 10 de octubre de 1925, en honor de los supervivientes de las asambleas que redactaron dichas constituciones. Prólogo de Fernando Ortiz, Imprenta La Universal, 1926; Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Organización civil y política de las revoluciones cubanas de 1868 y 1895* [s.n.], La Habana, 1928; José María CHACÓN Y CALVO: *Cedulario Cubano*, Compañía Iberoamericana de publicaciones, Madrid, 1929; José RUSSINYOL CARBALLO: *La Pequeña propiedad territorial en Cuba*, Editorial Mercados, Matanzas, 1929; Antonio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO: *La Ideología autonomista*, Imprenta Molina y Cia., La Habana, 1933; Ángel USÁTEGUI Y LEZAMA: *El Colono cubano, ensayo de derecho agrario*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1938; Francisco PÉREZ DE LA RIVA: *Origen y régimen de la propiedad territorial en Cuba*, Imprenta del Siglo XX, La Habana, 1946; Ramón INFIESTA: *Historia constitucional de Cuba*, Cultural S.A., La Habana, 1951.

<sup>7</sup> Gustavo GUTIÉRREZ Y SÁNCHEZ: *Historia del derecho constitucional cubano*, t. I, Cultural, La Habana, 1938.

Para esta interrogante hay varias posibles respuestas. Aquí, a falta de un estudio riguroso sobre el tema, solo propondremos algunas consideraciones generales.

En primer lugar, hay que recordar la supervivencia del Derecho heredado de la metrópoli hasta bien entrado el siglo xx en Cuba. Ello significaba en la práctica que había poco que historiar. El panorama expuesto por Diego Vicente TEJERA en su obra de 1925,<sup>8</sup> no cambió sustancialmente hasta 1959. Es por ello que resultaba muy difícil encontrar temas sobre los que historiar. El Derecho español seguía siendo norma vigente y no pretérita como la colonia de la que procedía. Ello habla, por un lado, muy bien de sus bondades y de su capacidad de amoldarse a un contexto radicalmente distinto al español y por el otro es reflejo de la escena política cubana y de los intereses de clases en ella representados, poco interesados en cambiar unas reglas del juego que los beneficiaban, aunque fueran las impuestas por la metrópoli a la que habían combatido en la manigua.

En segundo lugar, en ese contexto histórico, Cuba no necesitaba una historia del Derecho, que apenas se podía escribir, sino una historia nacional propia, de contenido y alcance nacionalista, que reivindicara el pasado glorioso de las gestas independentistas frente a la presente situación neocolonial. A ello se volcaron los ¿historiadores?, no, los juristas devenidos historiadores. En buena medida se dejó de escribir la Historia del Derecho porque se estaba escribiendo la Historia patria. Téngase en cuenta que, en esos años, Cuba no formaba en su universidad investigadores profesionales en el campo de las ciencias históricas, por lo que la tarea de rescatar esa memoria colectiva debía recaer en otros estudiosos, con vocación por el tema. Si se echa una ojeada a la historiografía republicana se descubrirá que casi todos sus miembros eran juristas.<sup>9</sup> No es de extrañar, dado que por su cultura y la curiosidad de la que debe hacer gala todo el que se dedique a esta profesión, así como no puede negarse, la solvencia económica que proveía, les permitió dedicarse al estudio de la Historia de Cuba. Sin dudas ese fue el gran aporte de los juristas a las ciencias históricas durante la primera mitad del siglo xx.

<sup>8</sup> Diego VICENTE TEJERA: *Estado de la legislación cubana y de la influencia que ejerzan en ella la de España y otros países*. Editorial Reus, Madrid, 1925.

<sup>9</sup> Baste recordar nombres como Emeterio SANTOVENIA, Emilio ROIG DE LEUCHERING, Julio Le RIVEREND, Fernando PORTUONDO, Francisco PONTE DOMÍNGUEZ, Fernando ORTIZ, entre otros muchos.



Esta situación limitó considerablemente la producción histórica del Derecho durante las primeras décadas de la República. No obstante, en los años cuarenta, el contexto había evolucionado lo suficiente para que aparecieran obras dedicadas a historiar, desde el positivismo, algunas ramas del Derecho como el constitucional o el procesal.<sup>10</sup>

En buena medida, en algunas de ellas, el derecho cubano había avanzado lo bastante como para que ya se pudiera comenzar a escribir una historia del mismo, distinta de la española. Por ejemplo, en materia constitucional, la entrada en vigor de la Constitución del 40, altamente democrática y progresista, llevó a un renovado interés por la Historia político constitucional de Cuba.

En sentido general, dejando de lado corrientes y tendencias distintas, se trató de una historiografía esencialmente positivista, basada en la evolución de la norma escrita, con poco o ningún análisis de sus consecuencias prácticas, ni del Derecho realmente vigente.

La Revolución supuso una transformación significativa dentro de la Historia del Derecho en Cuba. En primer lugar, supuso la adopción del marxismo como línea temática de investigación, y como sustrato ideológico y metodológico de la investigación histórica. Con ello se asumió, desde una visión crítica y revolucionaria la Historia del Estado y del Derecho.

Durante los primeros años, continuó la tradición de los historiadores juristas que había caracterizado las primeras cincuenta décadas de la República.<sup>11</sup> Algunas de estas obras, se caracterizaron, como la de Moreno Fragnals, por un esfuerzo por vincular el marxismo con la escuela francesa de los Annales, entonces considerada el non plus ultra de la historiografía universal.

No obstante, a partir de los años setenta comenzó a desarrollarse en Cuba una nueva escuela de historiografía jurídica, hasta entonces,

<sup>10</sup> Ramón INFIESTA: *Historia constitucional de Cuba*, Cultural S.A., La Habana, 1951; Guillermo DE MONTAGÚ: *Origen y formación del proceso civil moderno*, Cultural SA., La Habana, 1951; Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Historia constitucional de Cuba*, 2 t., Editora de Libros y folletos, La Habana, 1960.

<sup>11</sup> Manuel MORENO FRAGINALS: *El ingenio, complejo económico social cubano del azúcar*, 3 t., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1978; Julio LE RIVEREND: *Historia de Cuba*, 5 t., Editorial Pueblo y Educación, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973; José L. FRANCO: *Apuntes para una historia de la legislación y administración colonial en Cuba 1511-1800*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1985; Julio LE RIVEREND: *Problemas de la formación agraria de Cuba: siglos XVI y XVII*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1992.

apenas perceptible durante los primeros años de la Revolución. Quizás las primeras obras de esta nueva escuela fueran las de Julio FERNÁNDEZ BULTÉ y Orestes HERNÁNDEZ MÁS.<sup>12</sup> A partir de entonces comenzó a desarrollarse una fructífera escuela historiográfica, bajo cuyas enseñanzas se han formado varias generaciones de juristas cubanos.

A esta revisión de los métodos y presupuestos de investigación hay que añadirle otros dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, el rescate de asignaturas de la carrera de Derecho, que mucho aportan a la formación del jurista, como el Derecho Romano y la Filosofía del Derecho. Con ello se evitó la completa extinción de temáticas que, no solo son esenciales en la formación teórica y política del jurista, sino también con una larga tradición en nuestras universidades.<sup>13</sup>

En segundo lugar, se pasó, de los estudios ramales o sobre aspectos concretos de Historia del Derecho a obras de alto vuelo doctrinal y teórico, que pretendían abarcar, no solo la evolución del Derecho, sino también del Estado. Ello, fue consecuencia directa de la introducción del marxismo que parte como presupuesto teórico de que ambos son fenómenos tan íntimamente relacionados que no pueden separarse. Con ello la temática incluyó un nuevo campo de estudios, con potencialidades casi ilimitadas de estudio, y abordado, desde el punto de vista cubano, desde una perspectiva novedosa. Sin dudas, este significativo aporte contribuyó a consolidar los estudios de Historia del Derecho en nuestro país y a dotarlos de una vocación universalista, hasta entonces casi siempre ausente.

Quizás una de las limitaciones de esta nueva forma de hacer estuvo vinculada a un apego a la norma escrita. Sin dudas, como en todo nuestro Derecho, el positivismo no ha desaparecido completamente de nuestra tradición jurídica. Sin dudas ello trató de compensarse con el estudio de otras vertientes, como las ideas políticas y jurídicas,<sup>14</sup> así como algunas pinceladas de contraste entre la norma y la realidad, en los libros dedicados

<sup>12</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Historia del Estado y del Derecho en la Antigüedad*, 2 t., Edición Revolucionaria, La Habana, 1971; Orestes HERNÁNDEZ MÁS: *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, [s. a.], aunque la primera edición de la obra es de 1974 en Santiago de Cuba.

<sup>13</sup> Sería interesante un estudio de los planes de enseñanza posteriores a 1959 y hasta la aprobación del Plan A de estudios en los años 70.

<sup>14</sup> Véase de FERNÁNDEZ BULTÉ: *Historia de las ideas políticas y jurídicas*, 2 t.; y *Filosofía del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

al tema. Este fenómeno que, repetimos, no es exclusivo de la historia del Derecho, contribuyó a limitar el campo de acción de la historiografía jurídica.

Otro aspecto que influyó en la ulterior evolución de la historia del Derecho, fue el poco interés de los profesionales del Derecho por escrutar los orígenes de su carrera. Como consecuencia la materia se volvió una temática exclusivamente académica, poco ejercitada por los juristas fuera del ámbito universitario. Igualmente, un creciente menosprecio por el papel de la historia en sentido general, ha afectado también a esta particular parcela del saber.

Es por ello que, no obstante estos significativos avances, hoy se observa una tendencia al estancamiento dentro de los estudios históricos jurídicos. Para comenzar, la crisis económica de los noventa, que favoreció el abandono de la docencia universitaria y determinadas políticas en el ámbito académico, sobre todo en la casi tricentenaria Universidad de La Habana, llevaron a una paulatina disminución del número de profesores dedicados a la asignatura. De hecho, existe hoy un vacío generacional, entre el grupo de los fundadores de la asignatura, casi todos fallecidos, y la nueva generación de docentes formada a finales de la mencionada década.

En segundo lugar, la producción científica de los temas históricos sigue siendo hoy en día esencialmente positivista. Es poco frecuente ver entre nuestros historiadores del Derecho un análisis del pensamiento jurídico de alguna personalidad relevante de nuestra historia,<sup>15</sup> o de la enseñanza del Derecho, o del impacto del mismo en la realidad social y la diferencia entre lo establecido en la norma escrita y lo que ocurre en la realidad social. Un ejemplo de este tema pudiera ser lo referido a la vivienda. Durante años tuvimos, de hecho, sino de Derecho una virtual prohibición de la compraventa de inmuebles y solares yermos. No obstante, todos sabemos que, bajo mano se realizaban estas transacciones simulando la realización de otros actos jurídicos. El reconocimiento de esta realidad obligó a nuestro gobierno, en fecha reciente a cambiar las normativas al respecto reconociéndose en la práctica una situación que ya existía en la realidad jurídica. Esta es una muestra de cómo puede haber claras diferencias entre lo establecido en la norma positiva y lo dispuesto en la realidad social. Actualmente, la Historia del Derecho marcha en muchos países por este tipo de investigaciones.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Véase por ejemplo los trabajos de Reinaldo SÚAREZ SUÁREZ sobre Martí y la pena de muerte.

<sup>16</sup> Véase la bibliografía referenciada en las notas 2 y 3 a modo de ejemplo.

Otro ejemplo en este sentido podría vincularse al estudio de los procesos históricos del Derecho vistos desde la perspectiva del tiempo largo. Un ejemplo en este punto pudiera ser el siguiente. Hoy se nos convoca insistentemente al rescate del cumplimiento de lo legalmente establecido. Sin embargo, esta actitud de irrespeto ante la ley no es un fenómeno exclusivo de los años noventa del siglo xx cubano. Al contrario, es algo tan antiguo como nuestra historia ya que, «el se acata pero no se cumple», existía en Cuba desde la conquista española del siglo xvi. ¿Pudiéramos afirmar incluso que esta es una de las doctrinas acerca del Derecho más enraizadas en la cultura jurídica de nuestro pueblo? Quizás sí, pero se necesitaría de estudios para confirmarlo.

Incluso quizás se trate de un problema más grave. En la práctica, buena parte de nuestra historia del Derecho positivo esta todavía por escribirse. Sin dudas los grandes maestros como Orestes HERNÁNDEZ MÁS, Julio CARRERAS COLLADO y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ trazaron las líneas maestras de la misma, pero, todavía queda mucho por escarbar en este tema. Las historias ramales apenas han comenzado a escribirse y, sobre todo el período republicano necesita una relectura que pondere justamente los aciertos y frustraciones.

Es por ello que hoy, ante los historiadores del Derecho se abren grandes retos y también grandes oportunidades.

¿Qué debemos hacer entonces los historiadores del Derecho en el contexto actual?

En primer lugar, debemos saldar nuestra deuda con el positivismo jurídico. Sin resolver este problema resultará muy complejo el salto hacia nuevos modos de hacer la Historia del Derecho en Cuba. En buena medida, estos son los necesarios cimientos para ello.

Esto no quiere decir que no se trate de estudiar la materia desde los nuevos enfoques. Al contrario, se puede y se debe, hasta donde sea posible, dar cabida a investigaciones que desarrollen temas vinculados con la sociología jurídica, entre otros temas que permitan ir abriendo esta nueva senda para los futuros investigadores.

En tercer lugar, deberíamos profundizar nuestro diálogo con otras ramas del saber. La sociología, filosofía, economía e historia, no nos pueden resultar ajenas. No se trata de convertirnos en expertos en cada una de ellas, sino en compartir el conocimiento y trabajar junto a ellas en pos de un objetivo común. Ello contribuirá a rellenar la creciente brecha que marca, en buena medida, la incomunicación con campos del saber que nos resultan afines. Es cierto que este no es

un tema solo para los juristas. Pero al igual que necesitamos a otras ciencias ellas nos necesitan a nosotros para completar sus análisis. Resulta imposible tocar cualquier fenómeno de la vida humana, sea del pasado o del presente, sin que el Estado y el Derecho no estén involucrados. Es por ello que este entendimiento será mutuamente beneficioso para ambas partes.

En cuarto lugar, hay que potenciar el rescate de los valores y personalidades de nuestra historia jurídica. Sin dudas, en el caso de estos últimos, es necesario un estudio a fondo que, sin apologías ni denuestos, los coloque en el sitio que merecen en nuestra historia jurídica, sin olvidar por ello su vida pública y privada.

En quinto lugar, debería potenciarse, a mediano plazo, la revisión de los programas de Historia del Derecho, en especial el de Historia del Estado y del Derecho en Cuba, y la redacción de libros de texto nuevos o complementarios de las asignaturas. Igualmente se deben perfeccionar las optativas y elaborar los manuales necesarios para las mismas. Resulta evidente que es necesario perfeccionar los programas de estudio. Es evidente que es imprescindible introducir nuevas variables, además del positivismo, en nuestros estudios históricos, así como dar a conocer a nuestros estudiantes temas relacionados con la enseñanza del Derecho, y sus principales figuras a lo largo de la Historia. Igualmente se debe rescatar la Historia de las Ideas Políticas y Jurídicas, tema que hoy, por las estrecheces del tiempo disponible en clases resulta casi imposible abordar. Más aun es necesario pensar en este tema con una visión desde Cuba, que rescate este olvidado aspecto de nuestra historia jurídica. También deberíamos actualizar los contenidos de Historia General, donde, existe una tendencia a olvidar los progresos de las ciencias históricas en este campo, así como introducir nuevos temas que enfrenten a los estudiantes a los orígenes inmediatos del mundo en que viven.

Por último, y no menos importante, resulta necesario que trabajemos unidos en pos de estos resultados, sin uniformidades perniciosas, pero también sin particularismos excesivos. Solo dialogando entre nosotros y con el resto de las ciencias sociales, podemos salvar la Historia del Derecho de las amenazas que la asechan y llevarla a nuevas cotas a lo largo del siglo XXI. Ciertamente, algo hemos avanzado en este punto. Este evento, cuya segunda edición nos convoca hoy es una buena muestra de ello. Con ello quiero reiterar nuestro agradecimiento a nuestros anfitriones pinareños y convocarlos desde ya a la tercera edición que celebraremos el próximo año.

**Condicionantes histórico-sociales  
para la aprobación de la  
Real Cédula de 21 de octubre de 1817**

Mabys CASTILLO CRUZ \*  
Alejandro L. PERDOMO AGUILERA \*\*

**Introducción**

La sociedad cubana de comienzos del siglo XIX se formaba, por aquellos años, con el ingrediente de un rico híbrido cultural, de la tradición española dominante y la africana esclavizada, pero poderosa ante su mayoría demográfica; se fue imponiendo paulatinamente la presencia de las costumbres, la cultura, el idioma y hasta las expresiones extraverbales, imbuidas de la música, la danza, y otras artes, que dieron lugar al maravilloso ajiaco cubano, como lo dignificara don Fernando ORTIZ.

En ese contexto, donde arreciaba el comercio triangular, viniendo de África los esclavos, de Cuba el azúcar y otros productos agrícolas y de España la manufactura, se fue conformando el sincretismo cubano, en los primeros indicios de la formación de la nacionalidad y la lucha por la emancipación desde las expresiones culturales y artísticas, que reconocían la presencia de un pueblo multirracial, con una mezcla de la religión católica y la africana, especialmente de la religión yoruba, la regla de Ocha y de Palo Monte.

Fue en este contexto donde el pensamiento cubano, influido por la Revolución Francesa y las guerras de independencia y emancipación de Nuestra América de las primeras décadas del siglo XIX, que se acrecientan las preocupaciones de las autoridades españolas de la Isla, sobre el temor a una réplica de los hechos

\*Licenciada en Derecho (Universidad de La Habana). Profesora Asistente adjunta de Historia del Estado y el Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Colaboradora docente del Instituto Superior Pedagógico Enrique José Varona.

\*\*Licenciado en Historia (Universidad de La Habana). Fue Investigador del Centro de Estudios sobre América (CEA) de 2009 a 2010. Desde 2010 se desempeña como investigador del Centro de Investigaciones de Política Internacional (CIPI) adscrito al ISRI.

acontecidos en Haití donde los negros tomaron el poder y para el año 1804 se proclamaban independientes.<sup>1</sup>

Por otra parte, la evolución del pensamiento criollo irrumpía contra las mentalidades coloniales, con la influencia de los líderes revolucionarios latinoamericanos. Este ambiente amplió las bases del pensamiento reformista e introdujo señas de liberalismo y emancipación ante una Metrópoli que frenaba el desarrollo de la Isla, no solo en el plano económico-comercial sino también en el cultural y el político.

En el interior de la sociedad cubana naciente, se fundía un sincretismo peculiar, que reconoce el absurdo de ver al negro cómo un ser inferior, que no sin varios conflictos permite presentar en las tertulias famosas de Domingo DEL MONTE<sup>2</sup> a un poeta negro, que había sido cimarrón.

### **El conflicto étnico-racial**

Durante la etapa colonial el conflicto étnico-racial entre la élite de poder de la Isla y el crecimiento de la población negra (afrodescendiente) se acrecienta, ante el temor de que los aires libertarios de los revolucionarios haitianos penetraran en la creciente población negra de Cuba.

Por otra parte, el temor a que cultural y racialmente Cuba fuera una población cuya raza preponderante fuera la negra y a que estos aumentaran sus cuotas de representatividad en la vida de la isla, llevo a que en el plano jurídico comenzaran a potenciarse formas para limitar la preponderancia de la raza negra en la Isla.

Este proceso no estuvo exento de racismo, miedo al negro tanto por su raza como por sus costumbres, su cultura y formas de expresión, que era de preocupación no solo del poder colonial, sino también de parte importante de la elite criolla que ya se preocupaba por aspectos más profundos del futuro de la Isla.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>El 20 de mayo de 1805 se proclamó la primera constitución haitiana que establecía en su articulado que: «Ningún blanco, sea cual fuere su nacionalidad, pisará este territorio como amo o propietario, ni podrá en lo sucesivo adquirir propiedad aquí», en Sergio GUERRA: *Cronología del bicentenario*, colección Alba Bicentenario, Editorial Ciencias Sociales.

<sup>2</sup> Domingo del Monte es considerado una de las figuras cimeras de nuestra cultura en la primera mitad del siglo XIX. A decir de Salvador BUENO en el prólogo de su obra *Ensayos Críticos de Domingo del Monte*, su aparición en nuestras letras ocurre en plena etapa de transformación cuando hace crisis el régimen esclavista. Ver p. 7.

<sup>3</sup> La demografía en la Isla y sus componentes raciales preocuparon desde esa fecha a «hombres ilustrados» de la sociedad como Francisco de ARANGO y PARREÑO, véase su «Discurso sobre la Agricultura en La Habana y medios de fomentarla».

Desde este pensamiento conservador, que resultaría muy simplista valorar desde en pensamiento de nuestros días pero que para aquella época llamaba la atención no solo de ricos hacendados plegados al poder colonial, sino también de pensadores progresistas que aún mantenían sus reticencias respecto a la ascendencia de los negros de la vida de la Isla, por las implicaciones que tenía y por su repercusión en la demografía del país.

En aquellos años se configuraba la evolución de las raíces de un pensamiento, una forma de vida y una identidad autóctona, que mostraba los antecedentes de la más genuina identidad del criollo, en una etapa de transición del modelo colonial al propiamente cubano. Debe precisarse que no existían aún las condiciones para hablar de la nacionalidad cubana, era precisamente la etapa de su formación, de modo que había un ferviente dilema entre lo español, lo africano y aquel curioso sincretismo que daría en sí, lo cubano.

En ese sentido desataron los conflictos desde el pensamiento de la clase dominante de la época, que se preocupaba por tomar las medidas a tiempo para evitar la preponderancia negra en la isla. Obviamente la guerra de independencia de las Trece colonias, la revolución haitiana y las guerras emancipadoras de Latinoamérica tuvieron su influencia en lo que acontecía en la Isla.

Era una época de ensueño, de aires libertarios, con movimientos como Soles y Rayos de Bolívar, la Conspiración de Aponte, la de la Escalera, en fin, todo un manjar de luchas emancipadoras, por los derechos del hombre y del ciudadano, y por el reclamo de una autoctonía, para una identidad naciente. En este contexto, se desarrollaron los conflictos de etnicidad y religión, con un irrespeto a la otredad, propio de tiempos de civilización y barbarie, al decir de Darcy RIBEIRO.

En esos tiempos de colonialismo imperial y guerras emancipadoras, de transición del feudalismo al capitalismo pre-monopolista donde la burguesía asumía un carácter revolucionario, se rompían las castas de la nobleza, por una nueva elite del poder formada entre las autoridades coloniales y los ricos hacendados. Fue esta élite de poder la impulsora de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> La Real Cédula se define según el doctor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, en su libro *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, p. 24, como una disposición legal que era emitida por el Consejo de Indias, concediendo gracias o disponiendo sobre cualquier asunto colonial. Por su parte el doctor Ignacio RUIZ en su obra *Historia del Derecho y de las instituciones españolas*, p. 181, amplía un poco más el concepto al definir: «[...] una Real Cédula fue una orden expedida por el rey entre los siglos XV y XIX, en donde a través de la cual se pretendía resolver algún conflicto de naturaleza jurídica. Por ello en la misma se venía a establecer alguna pauta relativa



Eran los antecedentes de la formación de la nacionalidad, la transición del colonizador en colono, del colono en criollo; la partera del pensamiento cubano en las obras de Félix Varela, José Antonio Saco, José Francisco Arango y Parreño, Domingo del Monte y José María Heredia y de los regímenes militares de los Capitanes Generales, del dilema entre reforma y revolución, la lucha por la emancipación.

### **La aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817**

El 21 de octubre de 1817 fue promulgada La Real Cédula, en respuesta a las propuestas del Ayuntamiento, el Consulado y la Sociedad Económica de La Habana. Esta cédula, cuyo contenido incentivaba el crecimiento de la población de raza blanca en Cuba, entre otras explicaciones, se fundamentaba con la necesidad de incrementar el cultivo en tierras sin explotar con fines de exportación. Tal es el caso de Fernandina de Jagua, en el actual territorio de Cienfuegos, «ciudad fundada en 1819 a la orilla del más impresionante bosque de caobas que conoció la Isla, extiende a sus espaldas una llanura óptima para la producción».<sup>5</sup>

El blanqueo de la Isla no solo llevaba a implicaciones raciales sino también de lenguaje y cultura, pues para ello comprendía el incentivo de la inmigración de otros países de Europa occidental, cuyo idioma era diferente, por lo que el documento debió redactarse también en inglés y francés. No obstante, se cuidaba de que la religión fuera la católica.

Esta situación incentivaba un proceso que comenzó a mediados del siglo XVIII, con la oleada inmigratoria francesa a la Isla por la década del 60 de esa centuria, con el Pacto de Familia ratificado por las dos familias borbónicas europeas con el afán de debilitar a Inglaterra.

La renovación haitiana, incentivó el refugio de franceses provenientes de Saint-Domingue, pero este fenómeno fue mirado con recelo por las autoridades coloniales de la Isla, que previendo

a una conducta legal, se creaba alguna institución, se nombraba algún cargo real, o se venía a otorgar un derecho personal o colectivo u ordenaba alguna acción concreta. En cuanto a sus variantes, existían fundamentalmente dos, por un lado, las llamadas reales cédulas de oficio que se derivan de la propia función administrativa, que inician con el nombre —si es personalizada— o con los cargos o títulos de las personas a las que se dirige. Las otras reales cédulas son otorgadas, igualmente por el Rey, pero a petición de parte y comienzan mencionando el asunto de la solicitud y al solicitante. Vino a ser utilizada fundamentalmente en los dominios ultramarinos, en donde se plasmaba singularmente el asesoramiento del Consejo de Indias.

---

<sup>5</sup>M. MORENO FRAGINALS: *El ingenio*, t. I.

paganas interimperiales, tomaron medidas de control e incluso de expulsión a varios ciudadanos franceses a fines del siglo XVIII.

Estos conflictos no solo eran de índole política, sino que la llegada de franceses con sus esclavos, y la introducción de formas más avanzadas de producción en el oriente cubano, conllevó a nuevas pugnas de índole económica y comercial, a la vez que la inyección de mayor población negra alentaba los debates respecto a como atenuar un fenómeno que temían que se les fuera de control. Para que se tenga una idea «[...] con la Paz de Basilea de 1795 y la extensión del conflicto en Haití —ex Saint-Domingue— en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX, se produjeron unas 30 000 nuevas llegadas, sobre todo en el Oriente cubano, principalmente en la región de Santiago». Según Tomás IRIARTE «[...] en 1857 los franceses refugiados en Cuba, introdujeron máquinas y procedimientos desconocidos en el país para elaborar el azúcar, y así dieron un gran impulso a esta industria».

Entre los beneficios que recibían los inmigrantes europeos en Cuba, se destacaban los derechos civiles concedidos. Por otra parte, debía adherirse a la fe católica y demostrar su subordinación a la Corona española, así como la facultad de regresar a su lugar de origen si fuera su deseo. De esta forma, la Metrópoli española pretendía acentuar su hegemonía en cuanto a raza y credo ante las transformaciones demográficas, raciales, étnicas y culturales que se producían en la Isla. Como lo habían hecho años atrás en un actuar similar y que es referenciado por el doctor Julio CARRERAS cuanto se refiere a que: «la idea no es nueva porque en 1732 —los españoles— fundaron a Santa María del Rosario para protegerse de la nutrida población negra de las proximidades».<sup>6</sup>

Fue, con este propósito, que se dictó la Real Cédula de 21 de octubre de 1817.

### **Condicionantes histórico-sociales que influyeron en la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817**

La situación a nivel internacional iba dejando su huella en la sociedad cubana. En mayor o en menor medida, una serie de acontecimientos internacionales de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se convierten en condicionantes sociales que hicieron posible que en 1817 se aprobara la Real Cédula de 21 de octubre, conocida como la colonización blanca de Cuba.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Julio CARRERAS: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Ed. Félix Varela, p. 103.

<sup>7</sup> *El proyecto de colonización. La real cédula de 1817.*

En: <http://cienfuegoscuba.galeon.com/larealc1817.htm>

Debe entenderse que este cuerpo legal pretendía fomentar, a partir de los derechos y las concesiones legales que ofrecía, la entrada de blancos a la Isla con el objetivo de contrarrestar el aumento de la población negra.<sup>8</sup> Los acontecimientos políticos y socioculturales, influyeron en la realidad de Europa y en su política colonial, de lo que no fue ajena Cuba.

Hacia el interior del mapa social de la Isla fueron teniendo lugar una serie de sucesos que influyeron directamente sobre la estructura poblacional y racial y llevaron, finalmente, a la aprobación de la Real Cédula para la colonización blanca de Cuba.

En relación con este proceso deben señalarse como fenómenos fundamentales que influyeron en la promulgación de la Real Cédula de 1817: la independencia de la Trece Colonias Inglesas de América del Norte, la ocupación napoleónica de España y la Revolución de Haití, el ascenso y desarrollo de la sacarocracia cubana y el Censo poblacional del año 1817.

### **La independencia de las Trece Colonias Inglesas de América del Norte**

Indudablemente el proceso histórico que condujo a la independencia de las Trece Colonias tuvo una repercusión psicológica y espiritual notable sobre la población cubana, fundamentalmente sobre los criollos con ideas contestatarias al régimen colonial.

Si bien este proceso revolucionario tenía actores sociales (industriales, comerciantes, banqueros) muy diferentes a los que pudiéramos encontrar en una colonia española como Cuba, en sus exigencias a la Metrópoli pueden encontrarse coincidencias de intereses, sobre todo en el plano comercial, que explican la

<sup>8</sup> Entre estos derechos y concesiones recogidos en la Real Cédula estaban: para los no españoles, la posibilidad de que luego de transcurrido un periodo pudieran convertirse en súbditos de la Corona española; para el resto: la posibilidad de portar armas, la exención temporal de impuestos sobre sus producciones, la entrega a su llegada a cada colono de una caballería de terreno cultivable, la entrega oficial de instrumentos de labor, de animales de trabajo y de animales de corral, igualmente podían entrar todos sus bienes y capitales exentos de impuestos de importación y al momento que decidieran podían retornar a sus lugares de orígenes sin que nada se los impidiera. En cuanto al tema de fidelidad a la Corona española se deba por sentado que esta constituía una obligación. Remitimos nuevamente al libro *Historia del Derecho y de las instituciones españolas* del doctor Ignacio RUIZ en la p. 175, cuando habla del estatuto jurídico de los españoles tanto de España como de las Américas y cita entre sus obligaciones la fidelidad a la Corona.

influencia de ese territorio sobre el Gran Caribe, en los primeros años del siglo XIX.

Tanto los criollos como los comerciantes españoles, anhelaban una libertad comercial, que dinamizará sus producciones, pero la realidad que enfrentaba la Metrópolis española le imposibilitaba de tales transformaciones. Obviamente que este espacio sería ocupado paulatinamente por una economía en crecimiento como la del naciente Estados Unidos de América, que ya en el siglo XIX apuntaba a su ascenso como potencia.

En este contexto, se estrechan los vínculos comerciales con la Isla, beneficiados por la cercanía geográfica y un modo de producción y comercio mucho más acorde con los nuevos tiempos. De esta forma, la Mayor de las Antillas fue convirtiéndose en uno de los principales abastecedores de azúcar para el mercado norteamericano.

Pero este comercio ameritaba de un aumento de la producción, que incidía en la necesidad de mano de obra esclava. Por tanto, pronto se incrementaron los vínculos entre traficantes de ambas partes. Hasta la compra-venta de esclavos resultó lucrativa, no solo para los compradores sino también para los traficantes, que hacían de este negocio uno de los primeros vínculos de dependencia de la Isla hacia ese país.

Como puede apreciarse, este acontecimiento aun cuando tiene lugar a kilómetros de distancia de Cuba, influyó directamente en el aumento de la producción y del comercio. La compra de mano de obra y el tráfico de esclavos aumentaron, y con ello la población negra, con un impacto demográfico considerable. A esta situación se agrega la declaración del rey Carlos IV —años más tarde—, proclamando el libre comercio de esclavos.

### **La toma de La Habana por los ingleses**

Desde el punto de vista del sistema de derecho, la toma de La Habana por ingleses, en 1762, no recibió ninguna influencia. Desde el punto de vista social, fue diferente. Veremos cómo la corta y localizada estancia de los ingleses, tuvo un impacto social que aun décadas después, podía apreciarse, fundamentalmente en la producción y el comercio y en la composición racial de la sociedad.

Por primera vez, los comerciantes de La Habana podían comerciar con los negreros ingleses de manera directa, la posibilidad de compra de esclavos se negociaba sin necesidad de intermediarios, lo que provocó la entrada de un gran número de negros esclavos al país. Estos procedían, tanto de las costas africanas como de los depósitos que tenía Inglaterra en la isla de Jamaica, lo cual resultaba un mejor negocio para traficantes y hacendados.

Se calcula, según cifras oficiales de la Aduana, que en aquel momento más de 4000 negros esclavos entraron por el Puerto de La Habana, cifra que, en el corto período que tuvo la ocupación inglesa de La Habana, resulta extremadamente alta. Durante la dominación española, una cantidad similar de esclavos habría tardado años en entrar a la Isla.

Toda esta mano de obra fue perfectamente asimilada en la producción, fundamentalmente azucarera. La naciente «sacarocracia» aprovechó su oportunidad a partir de este momento para desarrollar los vínculos comerciales, hacia un mercado en ascenso, donde se vincularon la mano de obra esclava-producción-comercio-ganancia, que ya no se detendría hasta empezada la segunda mitad del siglo XIX.

En este período de ocupación inglesa, con el auge del comercio, se generó una amplia gama de empleos en la ciudad que hasta ahora no existían o eran escasos. Nuevamente, la mano de obra resultaba necesaria para el «desarrollo» económico de esa sociedad. Se comenzó la construcción de obras defensivas como los castillos de El Príncipe, Atarés y La Cabaña donde además de un elevado número de esclavos, se calcula «trabajaron más de 1000 jornaleros, negros libres».<sup>9</sup>

### **La ocupación napoleónica de España**

Pudiera parecer a simple vista que la ocupación napoleónica de España carecía de fuerza vinculante para considerarse un condicionante social influyente en la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817. Sin embargo, la ocupación napoleónica de España, además del impacto sociopolítico que dejó, tuvo una incidencia directa en nuestra legislación. Con el derrocamiento del rey Fernando VII, muchos españoles reclamaron por su regreso, incluso por parte de las autoridades locales, protesta que llegó al resto de las colonias de ultramar.

En tales circunstancias, se propagó una situación de incertidumbre en los habitantes que no reconocían al rey francés, los cuales se quedaron sin órgano de poder superior al que dirigirse, ni a quien consultar la solución de sus problemáticas, ya que este constituía la última instancia. Fue en ese contexto que se crearon en los virreinos de América las llamadas Juntas de Gobierno.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Julio CARRERAS: Ob. cit.

<sup>10</sup> En su obra *Cronología del Bicentenario*, el doctor Sergio GUERRA VILABOY, hace referencia a un temprano intento de movimiento juntista en Cuba, en julio de 1808 pero que fracasa. Sin embargo, para el resto de la América se inicia entonces, por ejemplo, la Junta Autónoma de Montevideo en el virreinato de Río de la Plata, el 21 de septiembre de 1809, la Junta Tuitiva en La Paz, de 16 de julio de 1809.

Las Juntas de Gobierno fueron integradas por los criollos que, si bien comenzaron proclamando su fidelidad al rey Fernando VII, terminaron reclamando la independencia de sus territorios. Con este proceso nace el Movimiento Juntista, que propició el inicio de los movimientos libertadores en las colonias españolas de ultramar.

Si bien Cuba no se incorporó en esa fecha al movimiento emancipador, puesto que las condiciones histórico-concretas resultaban diferentes, en gran parte de Nuestra América se prendió la llama de la independencia. Ante el temor a los resultados de las luchas emancipadoras, la inmigración europea hacia América Latina y el Caribe se frenó.

Hasta ese momento, entre los destinos preferidos por los españoles en América se encontraba Cuba. Esta interrupción temporal en el flujo migratorio se evidenció en el Censo Poblacional del 1817 con una disminución en el por ciento de la población blanca. Este fenómeno contribuyó a que la población blanca no aumentara por estos años, mientras que los de la raza negra continuaran su proliferación, con una mezcla de autoctonía que se fundió en la identidad de los pueblos americanos.

### **La Revolución de Haití**

La Revolución de Haití, y sus consecuencias tanto al interior de ese país como en el Gran Caribe, tiene múltiples aristas para ser considerada como uno de los más relevantes factores que condicionó la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817. En primer lugar, provocó un éxodo de colonos franceses hacia Cuba, que se asentaron principalmente en el Oriente del país, fundando grandes cafetales en las zonas montañosas. También hubo amplios asentamientos en la zona de Matanzas. Se calcula que alrededor de 30.000 colonos franceses llegaron a la Isla.<sup>11</sup>

Pero estos colonos franceses que emigraron hacia acá no venían solos, sino que lo hicieron con sus dotaciones de esclavos o, por lo menos, con una parte considerable de estas, que dadas las circunstancias en que arribaban, no siempre era declarado el número real de la dotación. Es por ello que resulta muy difícil

<sup>11</sup> Rolando ÁLVAREZ y Marta GUZMÁN, en *El cafetal: cultura y sociedad*, se refieren a las diferentes oleadas de franceses que llegaron por estas décadas a Cuba. Así mencionan a la procedente de Louisiana como consecuencia de la venta de este territorio a Francia, debido a la firma de la Paz de Amiens y su reventa posterior por parte de Napoleón Bonaparte a Estados Unidos, en 1803; también a la que se produce en 1815 originaria de Nueva Orleans y Francia. Luego en 1821 se suma otra cantidad de francos, radicada en Monte Líbano, en las montañas guantameras y en los cafetales de Yateras.

precisar con certeza el número de negros esclavos que entró al país por esa vía.

En otro orden, los niveles de producción de los principales productos exportables haitianos (azúcar y café) decayeron notablemente al iniciarse la guerra y aún al culminar esta en 1804, no se lograba recuperar su espacio en el mercado internacional. Este periodo fue aprovechado por los productores cubanos para asumir el lugar de Haití en la producción de azúcar y café, en el área del Caribe fundamentalmente; lo que acentuó la esclavitud en la Isla, prolongando las jornadas de trabajo en los cañaverales y cafetales.

Los franceses también trajeron la práctica del «apareamiento forzoso», costumbre que consistía en aparear esclavos jóvenes y sanos, los llamados sementales, con negras jóvenes e igualmente sanas, por regla general, del servicio doméstico.

Para el fomento de esta práctica los franceses llegaron incluso a construir un pequeño barracón independiente, en las haciendas cafetaleras que ocupaban. De esta forma disminuían un gasto en fuerza de trabajo, cuando podían proveerlas los propios esclavos y así luego tenían garantizada más mano de obra y lograban una mayor producción.

Más allá de su aportación numérica a la entrada de esclavos y a la producción de café fundamentalmente, los franceses también dejaron su huella cultural en la genealogía cubana, que se puede apreciar hoy en los apellidos franceses con que los dueños identificaban a sus esclavos y en otras esferas como la danza con la Tumba francesa.

Los cafetaleros, como dijera don Fernando Ortiz, «fueron casi todos franceses cultos, viejos y ricos colonos huidos de Haití o de Lousiana, del propio país galo, ellos trajeron los refinamientos en ideas de aquella Francia napoleónica que se extendiera por el mundo».<sup>12</sup>

La Revolución de Haití tuvo una marcada influencia en la vida cultural, económica y política de la Isla, pero además constituyó un referente ideológico y psicológico, que insertó en la opinión pública de la época, la posibilidad de una rebelión esclava, sembrando el temor entre los hacendados y el régimen de la Isla. Estas circunstancias favorecieron, sin lugar a dudas, la aprobación de la Real Cédula de 1817.

<sup>12</sup> Fernando ORTIZ, «Prólogo», en FRANCISCO PÉREZ DE LA RIVA: «El café, historia de su cultivo y explotación en Cuba», citado en *El cafetal, cultura y sociedad* de Rolando ÁLVAREZ y Marta GUZMÁN, p. 20.

## **La Real Cédula que autoriza el libre comercio de esclavos en el año 1789**

El alcance social de esta norma la hace convertirse en una condicionante social por excelencia, que propició la aprobación de la Real Cédula, el 21 de octubre 1817. Resulta evidente que un problema social de tales magnitudes como el tráfico de esclavos, necesitaba del amparo de una legislación, y esta nacería de la voluntad Real.

Esta disposición jurídica de fecha 28 de febrero de 1789, respondió a los intereses de los hacendados criollos, y por parte de la voluntad Real tenía como objetivo favorecer de manera directa el auge del comercio y fundamentalmente la agricultura en la Isla.

Dos años después se promulgó la Real Cédula de 24 de noviembre de 1791 que ampliaba la anterior con relación al libre comercio de esclavos y establecía su vigencia por seis años.<sup>13</sup>

La esclavitud como modo de producción y como realidad social, estaba aceptada y discurría sin mayores contratiempos para todos aquellos que de ella se beneficiaban. Cuando la firma del Rey quedó estampada en un documento legal, llámese en este caso Real Cédula e incluso tratados o licencias reales que autorizaban a compañías mercantiles y navieras para operar en las costas de África, debe entenderse como un derecho que se atempera a una situación social determinada y que trata de solucionarla.

El aumento del número de esclavos negros que llegó a las colonias de ultramar fue tan elevado, que además de regular su compra y su tráfico, a instancias del propio rey Carlos IV, fue redactado un cuerpo legal conocido en la Historia del Derecho Colonial como Código Negro Carolingio,<sup>14</sup> que se encargaba de regular todo lo concerniente al trabajo y la vida de los esclavos, como instrumentos de trabajo, y piezas fundamentales para el desarrollo económico de esa sociedad. En este sentido, se limitaba la cantidad de horas de trabajo y se establecía la obligatoriedad de los dueños de proveerles de alimento y vestido, así como de instruirlos en la fe cristiana.

Más allá de las valoraciones éticas y morales que pudieran hacerse hoy, este derecho para el momento histórico en que

<sup>13</sup> Más adelante se dispuso su vigencia indefinida. Ver Julio CARRERAS: Ob.cit., p. 100.

<sup>14</sup> Este Código no se llegó a promulgar por el Rey, ante la oposición manifiesta de los esclavistas. No tenía disposiciones de carácter beneficiosas para los esclavos, más allá de garantizarles lo mínimo imprescindible para sobrevivir. Ya después, casi a la mitad del siglo XIX, el capitán general de la Isla dictó un reglamento similar, pero, aunque se aprobó, nunca se cumplió.



aparece, es consecuente con el desarrollo social y se adapta a los intereses de la clase que detenta el poder. En ese orden, satisface sus necesidades y propicia legalmente la entrada a la Isla de un elevado número de negros esclavos. Súmese a ello que cuando las voces del abolicionismo se comienzan a sentir, la élite de poder que dirigía los renglones fundamentales de producción en la Isla no estaba en condiciones de realizar el tránsito. Esta situación, sumada a la pujanza de las mentalidades racistas que imperaban en la Isla, imposibilitó que la historia del abolicionismo cubano tuviera un fin más inmediato que el de la mayoría de las colonias de ultramar.

Tal fue el caso que recoge la historiografía del derecho ocurrido en 1817, de 2.600 negros esclavos que habiendo sido declarados libres, conforme a Derecho, porque el barco que los transportaba fue capturado, y en cumplimiento de los tratados internacionales y de la presión de abolicionista británica, así procedía conforme a la Ley, y cuando llegaron a puerto cubano fueran asimilados a la población esclava y vendidos como tales. Las razones alegadas por las autoridades competentes en su momento fueron: el temor a que se convirtieran en un foco de conflictos y desordenes sociales, y la necesidad de mano de obra para la producción del azúcar.

Como realidad aceptada, no tendría mayores consecuencias si no fuera porque su crecimiento demográfico comenzó a marcar una incipiente curva en ascenso de la población negra, que años más tarde causaría una alarma en la oligarquía criolla.

### **El desarrollo y ascenso de la sacarocracia cubana**

La presencia de la sacarocracia cubana como condicionante social que influyó en la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817, debe verse como el motor impulsor en la producción y luego en el comercio del azúcar, que alentó la continua compra de negros esclavos y, en un segundo momento, como el sector que promovía las reformas de la época en contraste con el desarrollo político-jurídico, socio-económico y cultural que iban obteniendo.

A partir del boom azucarero de finales del siglo XVIII, la economía cubana cambia lo útil por lo necesario, entendiéndose por necesario aquello que redundara en beneficio económico para la clase en el poder. El azúcar desplazó al tabaco, enmarcando los años que don Fernando Ortiz llamara de «contrapunteo entre el tabaco y el azúcar». Consecuentemente «el salto azucarero de la última década del siglo XVIII reforzó la posición de los dueños de ingenios, quienes no desaprovecharon la coyuntura

para reclamar todas las reivindicaciones posibles a favor de sus intereses»,<sup>15</sup> incluida la compraventa de esclavos.

Este concepto de priorizar lo útil por lo necesario, llevó al establecimiento de ingenios por toda la isla. Y donde no había condiciones para una producción competitiva y el control efectivo de las plantaciones, comenzaron a aumentar los palenques de esclavos. En la medida en que más esclavos se compraban, mayor era el por ciento que huía hacia esos reductos y se perdía de vista el número real de esta población.

Independientemente de que la sacarocracia cubana tuviera formas comerciales del capitalismo de la época, seguía produciendo con métodos esclavistas, manteniendo sus barracones repletos de esclavos, en condiciones de hacinamiento deplorables. Esta realidad incrementó las contradicciones internas de la Isla que paulatinamente fueron condicionando las bases de la emancipación.

La esclavitud era el soporte fundamental de la producción azucarera, pero también de la cafetalera y la tabacalera, por eso en buena medida la oligarquía criolla se desentendía del tema de la abolición de la esclavitud. «El negro fue la gran solución a la mano de obra azucarera»,<sup>16</sup> una frase que a pesar de haber sido acuñada más de un siglo después, pone al desnudo la realidad social de ese momento.

La compra de esclavos era potenciada cada día más por esta poderosa clase que, ya afincada como productora de azúcar a escala mundial, compraba en condiciones legales o ilegales los brazos esclavos. Resultaba la misma cosa si el tráfico de esclavos estaba autorizado o estaba prohibido, nunca la Isla estuvo desabastecida de esta mano de obra. Según referencias del doctor Julio Carreras,<sup>17</sup> cualquier súbdito de la Corona podía comprar negros en África y trasladarlos en sus naves, los barcos podían salir de la península con mercancías y pasar por las costas africanas para hacer escala y comprar negros que luego venderían en el nuevo mundo.

Los aires de la ocupación napoleónica de España no fueron del todo bien recibidos por los magnates del azúcar. Las ideas de igualdad, libertad y fraternidad eran solo una frase, la economía azucarera necesitaba brazos para trabajar y en busca de ellos andaba. Con el regreso de Fernando VII, la restauración absolutista trajo de vuelta el silencio con relación al tema de abolición de la

<sup>15</sup> Reinaldo FUNES: «El azúcar y la transformación medioambiental en Cuba», Revista *Catauro* no. 11, 2005.

<sup>16</sup> Manuel MORENO FRAGINALS: *El Ingenio*, t. I, p. 52, Poligráfico Osvaldo Sánchez, 1977.

<sup>17</sup> Julio CARRERAS: Ob. cit., p.100.

esclavitud y el número de estos siguió en ascenso. A sabiendas de que el sistema de esclavitud solo se mantendría bajo la sombra de la metrópoli española, la fidelidad a la Corona se mantuvo y un reformismo de corte económico resultaba más que suficiente para estos actores sociales.

Las primeras voces que se escucharon desde la Isla, pertenecían a la corriente de pensamiento reformista. Uno de los principales impulsores de esta corriente era el hacendado habanero Francisco de Arango y Parreño,<sup>18</sup> quien ajustado al pensamiento de la época, a pesar de reconocer que la trata negrera era «un miserable comercio», consideraba que en Cuba eran muy bien tratados.

No faltaron los elogios para la política española con relación a los esclavos. Convencidos firmemente de la necesidad de la explotación de su trabajo, su voz se alzó clara en defensa de la esclavitud. No obstante, al preponderar la población negra, es precisamente Arango y Parreño quien se encarga de elaborar el «Proyecto de Colonización Blanca para la Isla de Cuba».

¿Qué podía preocupar ahora a este hombre que, con su actuar y su proyección ideológica, había contribuido como pocos, a la entrada de miles y miles de negros esclavos a la isla? Baste para ello, recordar su *Discurso sobre la Agricultura* de La Habana donde planteó:

La suerte de nuestros libertos y esclavos es más cómoda y feliz de lo que era la de los franceses. Su número es inferior al de los blancos y además de esto debe mantenerlos la guarnición respetable que hay siempre en la ciudad de La Habana. Mis grandes recelos son para lo sucesivo, para el tiempo en que crezca la fortuna de la isla y tenga dentro de su recinto quinientos mil o seiscientos mil africanos. Desde ahora hablo para entonces, y quiero que nuestras precauciones comiencen desde el momento.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Francisco de ARANGO Y PARREÑO (1765-1837). Considerado un hombre ilustre de la sociedad habanera. Abogado y hacendado criollo, fue apoderado en la Corte del Ayuntamiento de La Habana, Promotor de la Sociedad Patriótica, redactor del Papel Periódico, Diputado a Cortes en 1812, Consejero de Indias en 1816, en 1824 rechaza el nombramiento de Superintendente de Hacienda y en 1825 se retira de la vida pública.

<sup>19</sup> Francisco de ARANGO Y PARREÑO: «Discurso sobre la agricultura de La Habana y medios de fomentarla», p. 190. Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana. Edición digital.

### **Respecto al censo de población del año 1817**

En el año 1817 se lleva a cabo un Censo Poblacional por las autoridades oficiales de la Isla, considerado el más fiable hasta el momento, ya que los dos que le antecedieron (1804 y 1810), no se consideraron del todo.

Los datos censales que arrojó, no podrían comprenderse sin conocer la evolución histórica y social de la Isla. Para este estudio, son el complemento expresado en números, de una serie de condicionantes sociales que incidieron y determinaron la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817 de la colonización blanca en la Isla. Los datos en cuestión arrojaron que, de un total de 553 033 habitantes en Cuba, 239 830 pertenecían a la raza blanca y 313 203, eran de raza negra.

De la población presente, como a partir de entonces se le llamó, resultaba una realidad la superioridad numérica de la raza negra, que no solo comprendía a esclavos, sino también a los no blancos libres (negros y mulatos). Resultaba llamativa también, la diferencia entre la cantidad de hombres y mujeres de raza negra que se constató. Esto respondía por supuesto a la rentabilidad en el trabajo productivo que aportaba el sexo masculino.

Pero ¿qué grado de certeza podían ofrecer los resultados del censo? Era sabido que muchos propietarios ocultaban el número real de esclavos.<sup>20</sup> Se presume que la razón por la cual ocultaban o falseaban este dato, era por temor a un incremento en los impuestos que luego pudiera sobrevenir.

Siguiendo esa lógica de pensamiento pudiéramos concluir que la población negra de la Isla, debía ser superior a lo regido en el Censo poblacional de 1817. No obstante, en el propio año (1817), mientras se mostraban los resultados del arduo trabajo censal, los Registros de Aduana contabilizaron la entrada a la Isla de más de 67 000 esclavos africanos que se incorporaron a la producción azucarera en su casi totalidad.

<sup>20</sup> En este punto resultan interesantes los resultados que arroja la investigación realizada por las historiadoras María de los Ángeles MERIÑO y Aisnara PERERA en «Estructura de Posesión de esclavos y ciclo de vida en la llanura habanera (1800-1886)» donde, a partir de un estudio de los Registros Parroquiales de la llanura habanera, pudieron concluir que estos por regla general asentaban los datos relacionados con mujeres en su concepto de madres, abuelas y madrinas, por sobre los hombres. Además, contrario a lo ordenado por las Leyes de Indias, con relación a la construcción de iglesias en cada poblado o asentamiento poblacional, algunos territorios en franco proceso de crecimiento en esta llanura, carecían de la Iglesia y sus curas «vagaban» por las moradas de sus vecinos, razón que impedía el control registral de sus pobladores.

Y debemos considerar además una cantidad que, aunque mínima, quedaba fuera del censo y nos referimos a los esclavos que se encontraban en los palenques. Ante estos datos, la alarma de pánico circuló entre la población blanca. El temor a la superioridad numérica de los negros, era una realidad. Por tanto, se imponía para la Corona la necesidad del «blanqueamiento de la Isla».

Al vislumbrarse un conflicto social en potencia, una nueva norma jurídica fue aprobada, respondiendo a los intereses de la clase económicamente dominante: la Real Cédula de 21 de octubre de 1817.

### **A modo de conclusiones**

De manera general, puede considerarse que las condicionantes socio-históricas principales, que influyeron en la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817, hicieron posible a partir de su desarrollo y evolución, que la entrada de esclavos africanos a la Isla fuera más que una necesidad, una realidad; con la independencia de las Trece Colonias Inglesas de la América del Norte, a la Real Cédula que autoriza el libre comercio de esclavos y a la Revolución de Haití. En cuanto a la ocupación napoleónica de España, influyó como condicionante social, pero de forma contraria a las anteriores, o sea, frenando la entrada de blancos a la Isla, al detener la oleada migratoria a América y en este caso particular a Cuba. Esto influyó directamente en la necesidad posterior de regular la situación a través de la aprobación de la Real Cédula, de 21 de octubre de 1817.

Las condicionantes sociales internas que influyeron en la aprobación de la Real Cédula de 21 de octubre de 1817 y de manera especial, dentro de ellas, la toma de La Habana por los ingleses y el desarrollo y ascenso de la sacarocracia, en su carrera hacia las posibilidades de un libre comercio, un aumento de la productividad y consecuentemente, un mayor poderío económico, contribuyeron a la entrada de negros esclavos africanos por cientos de miles a la Isla. Como colofón de esta realidad, el Censo de Población de 1817, expresó en forma de números, toda la influencia de los factores anteriores en nuestra realidad social.

## El Colegio Seminario San Basilio Magno y los primeros estudios de Derecho Civil (romano)<sup>1</sup> en Cuba<sup>2</sup>

Léster A. MARTÍNEZ QUINTANA\*

Para el conocimiento de la cultura jurídica colonial cubana, expresión también de la cultura social, resulta indispensable el análisis de la enseñanza del derecho, pues en nuestras aulas se reflejaron las corrientes y tendencias que en torno a la ciencia jurídica y a su instrucción caracterizaba a cada época histórica, tanto en la isla como en España, de donde provenían las principales manifestaciones en este sentido.

Este fenómeno es muy escasamente tratado en nuestra historiografía jurídica actual, y en el caso que nos ocupa, prácticamente desconocido.

Los primeros estudios jurídicos se realizaron en Cuba en la Real y Pontificia Universidad de San Gerónimo de La Habana, fundada el 5 de enero de 1728 por el Prior del Convento San Juan de Letrán de esa ciudad.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En Cuba, hasta inicios del XIX, se utiliza el término Derecho Civil como sinónimo de Derecho Privado Romano, hasta que con el auge que alcanzan los estudios del Derecho Español en la Isla comienza a aparecer la expresión «Derecho Civil Romano», para designar solo el Derecho Privado Romano. También es común hablar como resultado de este proceso de un «Derecho Civil Patrio», en contraposición al romano. Para mayor información véase mi tesis doctoral (inédicta) «El Derecho Civil Romano y su difusión en Cuba durante los siglos XVIII y XIX, antes de la promulgación del Código Civil en 1889», Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2007.

<sup>2</sup> Sirva este texto también de homenaje a los 500 años de fundación de la Villa de Santiago de Cuba.

\*Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Historia del Derecho y Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

<sup>3</sup> En fecha 12 de septiembre de 1721 el Papa Inocencio XIII había expedido en Roma el Breve Apostólico *Alternae Sapientae*, concediendo a esta orden en la Habana la autorización para conferir grados en las ciencias y facultades que se enseñasen y leyesen en su convento; obteniendo el *placet regio* o «pase real» por el Consejo Real y Supremo de las Indias el 27 de abril del mismo año.

El 23 de septiembre de 1728 el Rey Felipe V de Borbón otorgaba en Madrid la Real Cédula de aprobación y confirmación de la fundación que se había hecho de la Universidad. Sus Estatutos fueron aprobados por este Rey en Real Cédula dada en San Idelfonso el 26 de julio de 1734. Para más detalles de la fundación, ver Eduardo TORRES CUEVAS, et al., *Historia de la Universidad de La Habana (1728-1929)*, vol I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1984, pp. 31-42.

Según los Estatutos dados a este centro, la carrera de leyes tendría como contenido esencial el Derecho Civil de los romanos, comprendido en el famoso *Corpus Iuris Civilis*, ordenado por el emperador romano-bizantino Justiniano entre los años 528 al 534 d.C.,<sup>4</sup> y profundamente estudiado y difundido a partir del siglo XII por los glosadores de IRNERIO, desde la irradiante Universidad de Bolonia.

La indicada legislación de Roma, junto a la canónica y en menor medida la patria o nacional, constituyeron los pilares básicos de la enseñanza del derecho en Cuba hasta la trascendental reforma de la Universidad acaecida en el año 1842.

Asimismo, desde el año 1807 se estudia esta ciencia en el Real y Conciliar Seminario de San Carlos y San Ambrosio de la Habana, en Cátedra fundada por el Obispo Espada y que, bajo los influjos de las ideas de la ilustración, recepcionadas y difundidas tan brillantemente por el padre Varela y otros catedráticos de este centro, llegaría a convertirse en la década de los años veinte de ese siglo, en exponente máximo de los estudios jurídicos en Cuba.

En este sentido, Antonio BACHILLER Y MORALES (1812-1889), alumno de San Carlos, y posteriormente catedrático de la Universidad, valora así la enseñanza en este centro en comparación con otros de la Isla en esta época:

No es de suponerse que nos ciegue el amor de alumnos de ese respetable plantel, para creer que satisfacía a las necesidades de la época; por experiencia personal sabemos que hartó había que aprender además de lo allí enseñado, pero refiriéndonos a la época, no estaban en mejor estado los otros establecimientos literarios, y aún, sin equivocarnos, no había ninguno de su clase que le fuera superior.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> El *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano se compone de cuatro partes: el Código, que es una recopilación de las constituciones imperiales dictadas desde Adriano hasta el propio Justiniano; el Digesto o Pandectas, que en cincuenta libros contiene las opiniones de los más excelsos juristas del imperio sobre diversos asuntos, expuestas dichas opiniones muy casuísticamente por sus compiladores bizantinos; la Instituta, que a semejanza de la de Gayo, expone en cuatro libros los fundamentos y primeras nociones del derecho, obra elemental para la introducción al estudio de esta ciencia, y por último las Novellas, nuevas constituciones imperiales dictadas por el emperador a partir del 535, algunas de las cuales tuvieron gran significación para el derecho privado.

<sup>5</sup> Ver sus *Apuntes para la Historia de las Letras y de la Instrucción Pública en la Isla de Cuba*. Introducción por Francisco González del Valle y biografía del autor por Vidal Morales y Morales, Habana, Cultural, 1936-1937, t. 1, p. 302.

En este contexto histórico, ubicamos al Seminario San Basilio Magno de Santiago de Cuba, como uno de los primeros centros donde se estudió el Derecho Civil en la Isla.

Fundado en 1722 por el Obispo de Cuba D. Gerónimo de Nostis Valdés y Sierra,<sup>6</sup> no fue hasta pocos años después de la primera mitad del siglo XVIII, que se realizan en él los primeros cursos de Derecho Civil.

Lo anterior los sabemos gracias a la existencia de una Real Cédula fechada en Aranjuez, a doce de junio de 1774, que se conserva original en el Archivo Central de la Universidad de La Habana. El texto de esta disposición es el siguiente:

«Por Real Cédula de 16 de febrero de 1761 el Rey encargó al Reverendo Obispo de la Diócesis de Cuba, Santiago Hechavarría, cuidase del fomento y conservación del Colegio Seminario de Cuba por todos los medios que le dictase su prudencia.

«En virtud de ello el Rector de la Universidad de la Habana proveyó un auto declarando que “los cursos que oyesen perfectamente los colegiales y cursantes de Cuba (Santiago), fuesen suficientes para tener ingreso a los grados de las facultades de Leyes y Sagrados Cánones en la propia universidad [...] que con la certeza de estos antecedentes, dio principio a la Facultad de Cánones y Leyes en el insinuado Colegio Seminario de Cuba en catorce de marzo de mil setecientos sesenta y ocho, y después de haber ganado tres cursos en él.

«Por la presente Real Cédula se dispone, atendiendo la solicitud del Seminario, que se reconozcan los tres cursos ganados en este Seminario antes de la Real Cédula de 1761, recibáis en cuenta a los nominados interesados los cursos ganados en el Colegio Seminario de Cuba, y rogaros y encargaros (como lo ejecuto) que en lo sucesivo y en casos de iguales circunstancias a los que se trata, admitáis todos los cursos ganados en el mencionado Seminario de Cuba, por ser así mi voluntad” Fecha en Aranjuez a doce de Junio de mil setecientos setenta y cuatro».<sup>7</sup>

<sup>6</sup> De este personaje, nos dice CALCAGNO, que nació en Gijón el 14 de mayo de 1646, fue religioso de la Orden de San Basilio, Catedrático de la Universidad de Alcalá. Fundador de muchas instituciones en Cuba, p.e. en 1722 fundó el Colegio Seminario de San Basilio el Magno, que fue el primero exclusivo para eclesiásticos, y luego para otras carreras, comprando el edificio en 5 000 pesos. En su época (1724) se establecieron los jesuitas. Falleció el 29 de marzo de 1729, con 83 años de edad y veintitrés de Obispo. Vid. Diccionario Biográfico Cubano, Impreso en 1885 y 1886, Editor e Impresor D. Elías Fernández Casona, p. 639.

<sup>7</sup> Archivo Central de la Universidad de La Habana (ACUH), Cédulas, Bulas Pontificias y otros documentos para la Historia de la Universidad de la Habana, folios



No parece, sin embargo, que estos cursos hayan durado mucho tiempo, pues de la visita pastoral que años más tarde realizara el Obispo Santiago José de Hechavarría y Elgueza Nieto De Villalobos (1725-1789) a esta institución, no se nos da ninguna noticia de la existencia allí de una cátedra de derecho.

En cambio, dicha visita nos ilustra del depauperante estado material y de la enseñanza en que se encontraba el mismo, cuestión que motivó al Obispo a reformarlo casi en su totalidad, disponiendo para este, nuevos estatutos a imagen y semejanza de los del Colegio habanero de San Carlos, que el propio Obispo, entonces auxiliar de la Diócesis, había dado en 1769.

En la Introducción de los Estatutos del Seminario San Basilio se lee:

«Santiago de Cuba, 3 de noviembre de 1774. Enorme entre los objetos de la Pastoral visita que estamos haciendo en esta ciudad, cátedra de nuestra diócesis, y lugar de nuestro nacimiento, nos ha merecido la mayor consideración el Seminario Conciliar de San Basilio, establecido en ella desde el año de mil setecientos veinte y dos, por el Ilmo. Sr. Maestro fray Gerónimo Valdés de gloriosa memoria.

«No ignorábamos su fatal constitución. Pero lo cierto, que cuando le visitamos quedamos a su vista traspasados del más sensible dolor: siempre fueron los ojos los mejores informantes. En lugar de Colegio, hayamos (sic) una casa tan desmantelada, que no podría habitarla un padre de familia tranquilamente, aún en ciudad que no fuese perseguida de terremotos.

«Como caminan a igual paso lo material y lo formal en estos establecimientos; desde luego, formamos idea del fondo por la superficie. No podrá haber instrucción en un lugar de tan feas apariencias. Los estudios reducidos en sus principios a una Gramática de varia fortuna, según los maestros, que la suerte deparaba, y a unas lecciones de canto eclesiástico, si después lograron extenderse a tres cursos de filosofía, y dos cátedras, la una de Teología Moral y la otra de Cánones, fundadas por nuestro Ilmo Predecesor y Prelado el Sr. Pedro Morell de Santa Cruz, de feliz recordación, sobre no haber adecuado todavía los fines de la iglesia en la creación de los seminarios, por la falta de muchas cosas, no se hizo otra que disponer el embrión.

B/353, B/355 de la paginación a lápiz. Cédula dirigida a la Universidad de La Habana encargándola que en lo sucesivo y en casos de iguales circunstancias a los que insinúan, admitan todos los cursos de derecho y sagrados cánones ganados en el Seminario de Cuba.

«Además del Concilio, el Rey, nuestro ministerio y la patria nos compelieron con una fuerza irresistible, a tomar providencia sobre todo. La fábrica material de la casa fue lo primero a que volvimos los ojos.

«Para arreglar lo demás, no nos ha quedado medida que tomar; del mismo cuerpo del capítulo sacamos un canónigo verdaderamente sabio, y condecorado por su Majestad con el carácter de magistral, a quien, con el nuevo título de Director, le hemos puesto a la cabeza de los maestros jóvenes. Hemos erigido las cátedras que faltaban. Conforme a lo que se prescribe por el Concilio Tridentino, sesión 23, capítulo 18, sobre los doce seminaristas, de la primera dotación, hemos aumentado seis, a reserva de completar veinte y cuatro en su oportunidad. Con presencia de los Estatutos del Real Seminario de San Carlos de la Habana que formamos por Nos, acaban de merecer la soberana aprobación, en Real Cédula, fecha en Madrid a once de julio de mil setecientos setenta y dos, hemos dispuesto, los de este Seminario, sin añadir ni quitar otra cosa, que lo que exige la varia constitución de países.

«Creemos haber llenado el objeto, y que puestos en ambos cabos de nuestra diócesis dos talleres de instrucción, para nuestros amados súbditos, tendrán donde acudir para ella, sin dificultades ni gastos. Firmado. Santiago José. Obispo de Cuba».<sup>8</sup>

En esta ocasión el Obispo destinó 8 734 pesos y 5 reales para el arreglo del Seminario. Según los Estatutos recién dispuestos para este Colegio,<sup>9</sup> se estudiarían Gramática y Retórica, Filosofía, Cánones y Teología, dejando las facultades de Matemáticas y Derecho Civil para fundarlas «cuando se halle bien dotado el Colegio y corriente todas las Cátedras que tienden a formar dignos ministros del santuario».<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Esta introducción, más los Estatutos fueron copiados por José Augusto ESCOTO, se encuentran en la Biblioteca Nacional José Martí, Colección Manuscritos, Escoto, no. 77 Seminario de San Basilio el Magno, Santiago de Cuba. Estatutos (s.l, s.a) 1v.

<sup>9</sup> Ídem. Estatutos del Seminario Conciliar de San Basilio el Magno de esta ciudad, dispuestos por el Ilustrísimo Señor Obispo de esta diócesis, Doctor Don Santiago José Hechavarría, en el año de 1774 y aprobadas por S.M el de 1781 (por Real Cédula fechada en San Lorenzo el once de octubre de 1781, Impresos por Orden del Señor Doctor D. Miguel de Herrera y Cangas, dignidad de Chambre y Vicario capitular, etcétera, Cuba, en la Imprenta del mismo Colegio. A cargo de D. José Eugenio Toledo, Impresor del Gobierno.

<sup>10</sup> La Sección §11 «De los estudios de Derecho Civil y Matemáticas», Estatuto único, dice: «Estas facultades, bien que no sean las más propias y positivamente conducentes al estado eclesiástico, que es el fin para el que se instituyen los seminarios, no desdicen, ni tienen formal oposición con él y por otra parte son útiles a la nación

De modo que en 1774, cuando el Obispo de Cuba establece nuevos estatutos para el Seminario, ya en este no se estudiaba Derecho y tampoco se hizo inmediatamente en virtud de los mismos.<sup>11</sup> La afirmación anterior se refuerza con los siguientes argumentos:

En 1821, la Diputación Provincial de Santiago de Cuba instruye un Expediente promovido por un profesor de Derecho Civil y Canónico de ese Seminario, quejándose por haber sido preferido otro profesor para el desempeño de dicha cátedra. En uno de sus folios aparece un interesante oficio del Arzobispo de la Diócesis de esta ciudad al Gobernador Superior Civil de la misma, D. Eusebio Escudero, a raíz del caso, que nos informa de la situación del Seminario desde su «refundación» en 1774, hasta finales de ese siglo.

«En aquella época —dice— fue levantado el Colegio sobre un pie más ventajosos que el actual, como que gozaba de la venta de todos los diezmos de la isla, hasta que con ocasión de la división de esta diócesis en dos, sufrida en 29 de agosto de 1789, quedaron reducidos sus fondos a la triste pensión de 1199 pesos 4 reales, por cuyo motivo y el deplorable estado en que lo encontró mi merítísimo antecesor inmediato (se refiere a D. Joaquín de Osés y Alzua. Obispo electo y Gobernador de este Obispado de Santiago de Cuba), tuvo por conveniente cerrarlo en 1790 con la justa idea de abrirlo en una forma adecuada con conocimiento de la renta y circunstancias que no tuvo efecto por su temprana muerte.

en común y muy propicias a esta porción de la Isla distante de las otras partes en donde se enseñan.

«Este motivo debe ser un poderoso aliciente a todos los que se animen de un espíritu verdaderamente celoso por el patriotismo para no perderlo jamás de vista. En cuyo supuesto, luego que se haye (sic) el Colegio bien dotado y corriente todas las cátedras, que tienden a formar dignos ministros del santuario, se fundarán y establecerán aquellos, y los demás estudios, que se juzgaren conducentes a la felicidad del Estado y moradores de este distrito, bajo las reglas que parezcan entonces más adaptables al intento».

---

<sup>11</sup> Cfr. esta afirmación con lo que al respecto nos dice Mons. Ramón SUÁREZ PORCARI en su *Historia de la Iglesia Católica en Cuba*, Ediciones Universal, Miami, Florida, 2003, Primera Edición, en dos tomos. En ella reconoce ciertamente que «la obra de Hechavarría en San Basilio puede considerarse como una verdadera reforma que se extendió desde el orden material hasta el espiritual, pasando por el intelectual» (t. I, p. 238) sin embargo, más adelante nos dice que «aunque criticado, el Obispo consiguió que, para 1775, Santiago de Cuba tuviera un centro de formación digno donde se enseñara física experimental, Matemáticas y Derecho Civil». t. I, p. 238.

La doctora Olga PORTUONDO ZÚÑIGA y el Padre Juan ROVIRA, en su excelente obra: *El Colegio Seminario San Basilio Magno*, Editorial Oriente, Santiago de Cuba 2000, afirman: «En 1775 el Obispo santiaguero Santiago Echevarría, el mismo que años antes fundara el Colegio Habanero, incluyó en el Plan de Estudios la materia Derecho Civil».

«Conociéndose muy luego la falta de la enseñanza reclamada por el pueblo, me fue preciso abrirlo sobre otro pie, reducido y proporcionado a los escasos fondos que le habían quedado y en el modo provisional e interinario (sic) que consta del auto de su apertura de 6 de julio de 1798 a reserva de plantearlo sobre otro más ventajoso y arreglado a sus estatutos, cuando se le aumentasen aquellos. No.2: Para lo que propuse algunos arbitrios y entre ellos el aumento de la miserable pensión que no han tenido efecto de que di cuenta al concepto que se sirvió aprobarlo constante de la Real Cédula de 23 de febrero de 1798. No. 3: en cuya virtud se han proveído y proveen los empleos y cátedras del Colegio provisional e interinamente como se dispuso».<sup>12</sup>

Aunque no nos dice nada de las Cátedras que se estudiaron a partir de su reapertura en 1798 —desagraciadamente no hemos podido localizar la Real Cédula de 23 de febrero de ese año, que menciona el Arzobispo en el citado oficio y que podría ilustrarnos mucho sobre este punto— parece posible que, por la preferencia que tenía la juventud de esta ciudad por los estudios de Derecho,<sup>13</sup> y en vista de la lejanía de la única universidad de la Isla, se instituyese interinamente, de acuerdo a los Estatutos, la Cátedra de Derecho Civil que muchos años antes existía, pues a inicios del siglo XIX tenemos noticias de la existencia de una Cátedra de Derecho Civil y Canónico desempeñada por un catedrático en este Seminario.

Esta noticia proviene de la autobiografía que, a instancias de sus amigos, comienza a escribir en Barcelona un año antes de su muerte, el ilustre bayamés José Antonio Saco (1797-1879).<sup>14</sup> Sobre las materias que se impartían en el Seminario nos cuenta Saco:

<sup>12</sup>Archivo Histórico Nacional de la República de Cuba (AHNRC), Fondo: Instrucción Pública, Legajo 1673, no. 83621, Expediente promovido por el Br. D. José Tomás Villafañe, quejándose de que el Br. D. Casiano Pruna ha sido preferido en la provisión de la cátedra de derecho de este Colegio Seminario, Cuba, año de 1821.

<sup>13</sup>«El Derecho Civil y Canónico era de preferencia de la juventud, pues los padres aspiraban a tener hijos que los socorrieran en los numerosos litigios que les causaban enormes estragos económicos, sin embargo, los jóvenes pudientes despreciaban la carrera eclesiástica, a la que solo se aplican algunos pobrecitos. El Arzobispo destacaba el estudio de la Constitución de 1812 en las clases de Derecho Civil». Archivo Nacional de Cuba: Reales Órdenes y Cédulas, legajo 46, no. 129. Real Cédula de 20 de noviembre de 1812, y Luis A. Arce: «El Colegio Seminario San Basilio Magno de Santiago de Cuba», en Revista de la Universidad de la Habana, no. 180, julio-agosto de 1966, citado por PORTUONDO Y ROVIRA, ob. cit.

<sup>14</sup>Dicha autobiografía fue publicada en la *Revista Cubana*, t. XX, 1894, pp. 309-319, con el título: «Vida de José Antonio Saco. Escrita por él mismo en los primeros meses del año de 1878». Lo que de ella extractamos proviene del ensayo de Fernando ORTIZ: «José Antonio Saco y sus ideas», publicado en la *Revista Bimestre Cubana*, vol. XXIV, 1929, p. 182 y ss.

Existía desde tiempos anteriores en Santiago de Cuba un Colegio Seminario bajo el nombre de San Basilio el Magno. Enseñábase en él lengua latina, de la que había una cátedra de menores y otra de mayores, filosofía, dibujo, canto llano y Derecho Civil y Canónico bajo de una misma asignatura. Limitada enseñanza esta para llenar los deseos de la juventud estudiosa.

Por desgracia esta autobiografía no pudo pasar de los primeros tres capítulos, pero en ellos nos dejó un testimonio de su infancia y primeros estudios, especialmente de su estancia en el colegio santiaguero, dándonos noticias del desempeño de la Cátedra de Derecho donde recibió lecciones a partir del mes de septiembre de 1815. Así nos describe Saco su paso por las clases de Derecho:

El catedrático de esta ciencia era el abogado Don Luis María Arce, quien rara vez asistía a su clase, desempeñándola en su lugar uno de los estudiantes más aventajados. Por esto se inferirá cuan poco derecho podía aprender en aquella clase. No está de más decir, que cuando el catedrático solía ir a desempeñar su cátedra, era más bien para tener altercados con alguno de sus alumnos, para contar cuentos raros, pues era muy embustero, y hacer explicaciones, no de Derecho Civil, sino de Canónico y de Teología Moral.

Paréceme que esto hacía no solo porque se sentía flojo en las materias puramente jurídicas, sino porque miraba con disgusto que sus discípulos aprovechasen, y que abogados más tarde, le aventajasen e hiciesen sombra en la abogacía. Por lo demás, el mencionado profesor era hombre de talento, de voz sonora y de suma facilidad de palabra en todas sus explicaciones, pues con gusto se le escuchaba, —y concluye Saco— de septiembre de 1815 a marzo de 1816 estudié allí Derecho, en cuyo período gané mi primer curso en esta ciencia.

Lamentablemente la narración concluye aquí, sin que pudiéramos conocer más detalles por él mismo de su curso, libros utilizados, ejercicios que realizó, etcétera, aunque sí es ilustrativa de la deficiente formación jurídica recibida allí por el joven estudiante de dieciocho años.

Resulta muy probable que esta etapa en la vida estudiantil de Saco haya influido, conjuntamente con las experiencias que un año después tendría en San Carlos, en la resolución, tomada por este en 1825 durante su primera estancia en Estados Unidos, de traducir

directamente del latín y anotar, la famosísima obra *Recitaciones de Derecho Civil* del alemán HEINECCIO (1681-1741).<sup>15</sup>

*Las Recitaciones de Heineccio*, cuyo título original es *Elementa Iuris Civilis secundum ordinem institutionem*, constituye el texto más difundido en Cuba e Hispanoamérica durante la primera mitad del siglo XIX para la enseñanza del Derecho Civil de los romanos.

Los intercambios documentales suscitados en el caso ya referido de 1821, nos indican que para esta fecha el Derecho Civil y el Canónico se desempeñaban en el Seminario santiaguero por un solo catedrático, debido a la imposibilidad de contar el centro con los fondos suficientes para mantener por separado ambas cátedras.<sup>16</sup>

Esta situación se mantuvo durante todo el tiempo que duraron dichos estudios en el Seminario —como comprobaremos más adelante— y constituyó, sin duda alguna, un serio obstáculo para que los estudios de Derecho Civil alcanzaran en esta sede los avances que en igual fecha alcanzara su homólogo habanero.

La anunciada precariedad económica en que se desenvolvían las clases en este centro, subsistió en los años venideros, afectándose con ello la estabilidad de sus catedráticos y por tanto la calidad de la enseñanza allí impartida. En una revista jurídica santiaguera de finales del siglo XIX, nos aseguran que en la década de 1830 el

<sup>15</sup> Constituye esta, según nuestras investigaciones, la primera traducción castellana de dicha obra. La misma, que Saco llama *Elementos de Derecho Romano*, se publica por primera vez en Filadelfia, en 1826, y de ella conocemos las siguientes ediciones: Madrid 1829 y 1836; Granada 1839 y París 1851. Otras traducciones, con sus múltiples ediciones, nos muestra la *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, 1800-1880...* guía de los juristas y políticos, ordenado por Manuel TORRES CAMPOS, Madrid, F. Fe, 1883-97, 2 t., t. 1. Aparte de las de Saco, tenemos, una en Madrid por N. LLORENCI, 2 t. [s.a.]; A. M. de Cisneros y Lanuza, Sevilla 1829, (4 t.); Luis de COLLANTES Y BUSTAMANTE, (el que más ediciones tiene): Madrid 1830 (2 t.), Madrid 1835, Madrid 1841 (3 t.), Valencia 1847 (2 t.), París 1847 (3 t.), Valencia 1870 (2 t.), Valencia 1873 (2 t.), Valencia 1879 (2 t.), París 1874 (1 t.). Todas ellas con el nombre de *Recitaciones del Derecho Civil Romano*. Otras traducciones tienen el nombre de *Elementos de Derecho Civil Romano* según el orden de la Instituta: José Vicente y Caravantes, Madrid 1842 (2 t.) y Madrid 1873 (1 t.).

<sup>16</sup> En estos documentos encontramos expresiones como: «catedrático sustituto de las clases de Derecho Civil y Canónico [...]» (folio 4), «Catedrático de Prima y Vísperas de ambos derechos en el Colegio [...]» y por último el Informe del Secretario de la Diputación Provincial de Santiago de Cuba dirigido al Director del Seminario en el que le pide que inste a Villafaña a no reclamar más un caso en el que no tiene razón, pues ya la Junta que debía examinar el Expediente decidió a favor de Pruna y que «por la escasez de fondos para su subsistencia no puede dotar por ahora diferentes profesores para una y otra cátedra y es necesario aprovechar como lo ha hecho el M. Excmo. prelado, la persona en quien concurren las cualidades que serían las de desear para las dos cátedras de Cuba. Diciembre 22 de 1821».

seminario pagaba la mísera cantidad de ¡10 pesos! por cátedra, lo que obligó a no pocos catedráticos a abandonar el colegio, y se cita como ejemplo al abogado D. Pedro Celestino Salcedo.<sup>17</sup>

Los textos utilizados para la enseñanza del Derecho Civil en esta época eran las conocidísimas *Instituciones* de Arnolddo VINNIO (1588-1657)<sup>18</sup> y las *Recitaciones* de HEINECCIO, ambos de corte netamente romano, y también textos de esta materia en la Universidad y el Seminario habanero. Así nos hace saber la Contestación a la Circular de la Real Junta Eclesiástica del Reyno (sic) en que se detallan las materias que se imparten, así como los libros utilizados en el Seminario en 1835:

«Hay una Cátedra de Derecho en la que se enseña por un mismo catedrático Derecho Civil y el Canónico, sirviendo para el artículo las *Instituciones* de Arnolddo Vignio (sic) y Juan Gotfiel o Hernerio (sic) y para el Canónico las *Instituciones* del Iltsmo Sor. Juan Bautista. Asimismo, consta que el número de alumnos externos de todas clases asciende regularmente a ciento veinte individuos, habiendo catorce colegiales seminaristas mantenidos por el establecimiento.

«Hay dos cátedras de Gramática Latina en las que sirve de texto para la enseñanza el arte de Antonio Nebrija y para ejercitarse en la versión al castellano se hace uso del Concilio de Trento, Breviario Romano, Epístolas de San Jerónimo y Cornelio Nepote». Puerto Príncipe, 10 de abril de 1835.<sup>19</sup>

Con respecto al Derecho Canónico, conjuntamente estudiado en este Seminario con el Civil, el Estatuto 3º, § 9º, De los Estudios de Cánones, dispone que el derecho canónico se compone de los cinco libros de las Decretales, del sexto de ellas, de las Clementinas, de las extravagantes y del derecho de Graciano...

<sup>17</sup> *Revista Jurídico Notarial*. Consagrada a los estudios profesionales e intereses generales, Santiago de Cuba, 15 de febrero de 1890, no. 2, Dtor. Lic. Erasmo Regüieíferos.

<sup>18</sup> Sobre VINNIO y su obra nos dice DE LA SERNA: «En Holanda contribuyó en el mismo siglo XVII a los adelantamientos de la ciencia. Siguiendo el camino que los célebres comentadores y tratadistas del derecho romano habían trazado en el siglo XVI, dejó un nombre ilustre y un libro que por muchos años ha tenido considerable influencia en la enseñanza y ha gozado de gran predicamento en las universidades de nuestro país, siendo la obra elemental el primer maestro de los jurisconsultos españoles durante mucho tiempo: así es que todos tributan a su autor el aprecio que merecen sus tareas y la veneración que excita el magisterio». Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (1807-1871), *Prolegómenos del Derecho*, 7ma. edición corregida y aumentada, Librería de Sánchez, Madrid, 1875, 214 p., p. 190.

<sup>19</sup> Archivo del Arzobispado de Santiago de Cuba, Legajo 27, Expediente 5, año 1835. Sobre el Seminario Conciliar, sus cátedras, alumnos y rentas.

Por último, es importante señalar que los estudios jurídicos en este Centro se realizaban en latín, lengua oficial de la iglesia católica y en la que se encontraban escritos los textos de Derecho.<sup>20</sup>

El dominio de esta lengua era vital, no solo para realizar los estudios jurídicos, sino también para lograr un pleno conocimiento del Derecho aplicable entonces, de raigambre puramente romana, a cuyas fuentes había que acudir con frecuencia para la solución de determinados litigios.

En este punto podemos decir que la legislación castellana que más uso práctico tuvo en nuestra isla y probablemente en la América hispana, fue las Siete Partidas de Alfonso el Sabio. Sus numerosas ediciones iban acompañadas de utilísimas glosas escritas en latín por su mejor comentarista, el abogado peninsular D. Gregorio López, (1496-1560) por lo tanto era indispensable apropiarse de esta lengua para su más exacta comprensión.

No contamos con suficiente documentación para determinar la influencia que tuvo en la enseñanza en este seminario la crisis del latín iniciada con las reformas introducidas por el padre Varela en la clase de filosofía del Seminario habanero, Irededor del año 1812, cuando, por primera vez, imparte sus clases en castellano. Es de suponer que estas novedades hayan encontrado espacio en este centro, como también lo hicieron en la Pontificia Universidad.

Desde su fundación, el Seminario San Basilio Magno de Santiago de Cuba constituyó un importante centro de irradiación cultural, en el que la juventud de esta ciudad y de las ciudades cercanas, se iniciaron en el estudio de algunas materias que luego pasarían a estudiar con mayor amplitud en la Real y Pontificia Universidad habanera.

A este centro acudieron como alumnos y profesores, distinguidos abogados que ejercieron la práctica en esta ciudad durante los siglos XVIII y XIX.

Sin embargo, la precariedad económica en que se vio sumido en distintas épocas, provocó que en más de una ocasión cerrara sus puertas, a veces por tiempo muy prolongado, afectándose con ello la estabilidad y sistematicidad de la enseñanza impartida.

<sup>20</sup> El estatuto 4º, § 7º Estudios de Gramática y Retórica, establece que desde el tercer año se hará traducir a los discípulos del castellano al latín, y el Estatuto 5º, que desde que sean cuartañistas, no les será lícito hablar entre sí, ni dentro de la clase ni fuera de ella, sino en lengua latina [...] castigando con penitencias vergonzosas a los que hicieren lo contrario.



Aún cuando los estudios jurídicos no alcanzaron allí los logros de su homólogo habanero, conserva el mérito de constituir el primer centro de Cuba donde se estudió el Derecho Civil fuera de la Real y Pontificia Universidad.

En 1842, con la centralización de la enseñanza del Derecho en la Universidad de la Habana, cesan los estudios de esta ciencia en el Seminario.

La disposición transitoria primera del Título Adicional del nuevo Plan de Estudios, dispuso: «Quedan suprimidas todas las enseñanzas de Derecho establecidas en las ciudades de Cuba y Puerto Príncipe y la Cátedra del Seminario Conciliar de San Carlos de la Habana [...]».<sup>21</sup>

No obstante esta prohibición, del examen de documentos existentes en el Arzobispado de Santiago de Cuba, podemos deducir que la enseñanza de ambas ramas del Derecho (Civil y Canónico) se mantuvo en el Seminario San Basilio al menos durante un curso más, hasta junio de 1843, y que la razón alegada entonces por el director del centro, doctor D. José Delgado, era que no se le había notificado aún ningún ejemplar del nuevo Plan de Estudios. Ello provocó la intervención del Arzobispo de Santiago de Cuba y del Gobernador político y militar de esta plaza, a instancias de la máxima autoridad política de la isla.<sup>22</sup>

Muy criticable fue, sin dudas, la centralización de los estudios jurídicos en la universidad habanera, eliminando con ello las facilidades que, en las condiciones de la época, representaban para los jóvenes de diferentes partes de la isla, estudiar —al menos hasta el nivel de bachillerato—, en los dos seminarios eclesiásticos aludidos y en la Academia de Puerto Príncipe. Se iniciaría, ciertamente, una nueva era en la enseñanza del Derecho en Cuba, pero no porque esta se concentrara en un solo centro, sino por las reconocidas bondades del nuevo Plan de Estudios. Termina así la historia de la enseñanza del Derecho en el seminario santiaguero, centro de cultura y de pensamiento que mereció mejor suerte.

<sup>21</sup> Ver Plan General de Instrucción Pública para las Islas de Cuba y Puerto Príncipe, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, Habana, 1846.

<sup>22</sup> Para todo lo relacionado con estos hechos, puede consultarse en el Archivo del Arzobispado de Santiago de Cuba el Expediente 1-B, de Supresión de leyes y órdenes canónicas protestadas, Legajo 27, con 22 folios, folios 1 al 5.

## **Por la defensa de la autonomía colonial: Félix Varela ante las Cortes ordinarias de 1823**

Yuri FERNÁNDEZ VICIEDO<sup>1</sup>

Félix VARELA Y MORALES constituyó uno de los más connotados e influyentes continuadores y representantes del movimiento ilustrado iniciado en Cuba hacia fines del siglo XVIII. Sacerdote, pedagogo, filósofo y político, desde 1812 a 1821 tuvo una presencia dominante en el medio editorial y cultural habanero, con una obra que se destacó por su ruptura con la escolástica y la defensa de las ideas de la ilustración.<sup>2</sup> Su elección como diputado a las Cortes Ordinarias de 1822 le abrió el camino de la vida política, al convertirlo en representante de la élite insular que —a tenor de los presupuestos exigidos por la Constitución de Cádiz— ostentaba derechos políticos. En su desempeño del cargo durante el año de 1823 demostró la profundidad de su compromiso con esta élite criolla, que halló en él un fiel vocero de sus aspiraciones políticas. Las mismas estuvieron relacionadas —en lo fundamental— con la reconfiguración del orden de relaciones cubano-metropolitano y con la defensa de espacios de poder local controlados por el sector criollo. Al respecto, su labor más importante radicó en la presentación y defensa de un proyecto de legislación autonómica para Cuba y las llamadas «provincias de ultramar».

<sup>1</sup> Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (La Habana). Profesor de Historia General del Estado y el Derecho, en la Universidad Central «Marta Abreu» de Las Villas.

<sup>2</sup> Un estudioso de la imprenta cubana como Ambrosio Fornet ha afirmado que el sacerdote debió ser el autor más leído en Cuba durante el primer tercio del siglo XIX. Ver: Ambrosio FORNET: *El libro en Cuba*, Letras Cubanas, La Habana, 2002, pp. 73-74. Un cotejo de la obra varelana impresa entre 1812 y 1821 con el resto de las impresiones hechas en Cuba durante el período, puede verse en Yuri FERNÁNDEZ VICIEDO: «Félix Varela y Morales y el origen de la enseñanza del constitucionalismo en Cuba (1818-1824)», *Revista de Historia del Derecho*, no. 47, enero-junio de 2014, INHIDE. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=1853-178420140001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1853-178420140001&lng=es&nrm=iso). (Consultado el 2/1/2015).

El 15 de diciembre de 1822 —junto al resto de los diputados de Cuba y Puerto Rico— Félix VARELA presentó un Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar. La copia que ha llegado hasta hoy, se imprimió en 1823 —bajo orden de las Cortes—, en el taller madrileño de Tomás Albán y fue publicada en Cuba por José María CHACÓN Y CALVO, a quien se debió su hallazgo en el Archivo General de Indias.<sup>3</sup> Desde entonces, el tratamiento dado por la historiografía vareliana escrita desde Cuba a los debates de Varela en defensa de la autonomía, se ha caracterizado por la superficialidad. En este sentido, los enfoques han estado marcados por la descripción y la reseña, pero no por el análisis.

Durante la década del cincuenta puede citarse la reseña inserta en el artículo de Enrique HERNÁNDEZ CORUJO «Actuación política y parlamentaria del padre Varela en las Cortes españolas y en el destierro».<sup>4</sup> Textos más próximos en el tiempo, han reseñado también los debates varelianos del Proyecto en Cortes; si bien ha primado el método de la mera descripción informativa, como se aprecia en el número de páginas dedicadas al asunto. Sobresalen en este sentido los ensayos biográficos de Eusebio REYES FERNÁNDEZ, «Félix Varela 1788-1853»;<sup>5</sup> de Eduardo TORRES-CUEVAS, «Félix Varela: los orígenes de la ciencia y conciencia cubanas»;<sup>6</sup> y el ensayo «Varela el precursor. Un estudio de época», de Jorge IBARRA CUESTA.<sup>7</sup> En todos los casos el tema ha sido tratado de modo sucinto y descriptivo. Paralelamente, tampoco ha sido señalada la posible oposición de las propuestas varelianas al orden constitucional español de 1812. El análisis de las mismas arrojaría como conclusión que entre fines de 1822 y 1823, la actuación política de Félix VARELA ante las Cortes se mostró favorable a la legitimación —a costa de la inconstitucionalidad— de una hegemonía política para la élite criolla dentro de Cuba.

Lamentablemente no existe en Cuba una publicación que permita la consulta del contenido neto de los debates parlamentarios en los

<sup>3</sup> José María CHACÓN Y CALVO: *El padre Varela y la autonomía colonial*, Molina y Cía., La Habana, 1935.

<sup>4</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: «Actuación política y parlamentaria del padre Varela en las Cortes españolas y en el destierro», en *Anuario* de la Facultad de Ciencias Sociales y Derecho Público, Universidad de La Habana, 1954, pp. 61-83.

<sup>5</sup> Eusebio REYES FERNÁNDEZ: *Félix Varela 1788-1853*, Editora Política, La Habana, 1986, pp. 58-59.

<sup>6</sup> Eduardo TORRES-CUEVAS: *Félix Varela. Los orígenes de la ciencia y conciencia cubanas*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2002, p. 313.

<sup>7</sup> Jorge IBARRA CUESTA: *Félix Varela: el precursor. Un estudio de época*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2004, p. 68.

que participó VARELA. El volumen II de sus *Obras* —publicado en 2001 por Imagen Contemporánea—, contiene una segunda parte dedicada a la actuación del Presbítero como diputado, donde no se hallan sus declaraciones en la discusión del Proyecto en Cortes. Resulta lesivo para el estudio de su pensamiento, que las intervenciones en defensa del Proyecto de gobierno —correspondientes a los días 6 y 7 de mayo de 1823— no aparezcan recogidas en la compilación de obras suyas publicadas en Cuba.<sup>8</sup> Solo aparecen recopiladas sus declaraciones correspondientes a debates anteriores y posteriores, pero ninguna de las esgrimidas por él en defensa del proyecto de norma autonómica para la Isla.<sup>9</sup> El hecho de que la fuente usada por los compiladores sea la del propio Diario de Sesiones,<sup>10</sup> evidencia la escasa atención prestada a sus posturas autonomistas durante la etapa. Esta es una dificultad para aquellas investigaciones que versen en torno al período autonomista de Félix VARELA.

El presente artículo analiza la defensa vareliana ante las Cortes de tres de las propuestas del citado proyecto, encaminadas a legitimar una hegemonía para la élite criolla de la Isla. Al respecto se determinará la posible anticonstitucionalidad de las mismas, así como su relación con las necesidades de descentralización y participación en la toma de decisiones en los asuntos cubanos, demandados por la propia élite criolla. Sin embargo, la peculiaridad de Cuba en el marco del segundo liberalismo español demanda una pequeña digresión explicativa, para una mejor contextualización del discurso vareliano en Cortes.

### **¿Representante de la nación o mandatario por la provincia?**

La naturaleza de la representación que debía ejercer el diputado constituyó un núcleo de conflicto entre las provincias españolas y la Metrópoli desde el período constituyente. En el caso de Cuba, la

<sup>8</sup> Se trata de *Obras de Félix Varela*, compiladas y anotadas por Eduardo TORRES-CUEVAS, Jorge IBARRA CUESTA y Mercedes GARCÍA RODRÍGUEZ y publicada en tres volúmenes por Imagen Contemporánea, en 2001. Esta publicación constituye una reimpresión de *Félix Varela. Obras. El que nos enseñó primero a pensar*, publicada en tres tomos por la Editorial Cultura Popular y la propia Imagen Contemporánea en 1997, como bien se afirma en la página legal de la citada edición de 2001. A su vez, el texto había contado con una primigenia edición —también en tres tomos—, en 1991 bajo el sello de la Editora Política y con el título de *Obras de Félix Varela*. La investigación, compilación y notas corresponden a los mismos autores. Por su parte, el cotejo de los índices y del contenido, arroja que en los tres casos se trata de la misma obra en diferentes reediciones.

<sup>9</sup> Cfr. Félix VARELA: *Obras*, vol. II, Editorial Imagen Contemporánea, La Habana, 2001, pp. 79-87.

<sup>10</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 87.

misma había sido interpretada desde posturas relacionadas con el mandato imperativo, que hacía del diputado un representante de la provincia en cuestión y de sus intereses. Una de las posibles explicaciones a esta actitud subyace en la desventaja numérica de los diputados americanos frente a los peninsulares, llamada a equilibrar los debates en favor de los últimos. Criterios al respecto habían sido expresados por los habaneros desde el propio año de 1810. En documento anexo al acuerdo (4 de septiembre) del ayuntamiento, se declaraba en relación al diputado:

[...] no hay razón que nos deba detener en el despacho de nuestro Diputado ni en la pronta expedición de sus respectivos poderes que el Ayuntamiento debe darle cuantos pueda, y ceñirse a la fórmula de que se los otorga tan amplios, plenos y bastantes cuanto puede y debe conferírseles y lo exigen las circunstancias para que cumpla y desempeñe las augustas funciones de su nombramiento con las facultades que competan al Ayuntamiento.<sup>11</sup>

En contraste, la Constitución de Cádiz despojó al diputado de cualquier alusión a un mandato imperativo que pudiera atarlo a los intereses de su localidad, bajo la afirmación que este representaba a la Nación.<sup>12</sup> Con ello el liberalismo español cubría dos frentes estratégicos: por un lado, reforzaba la idea de nación unitaria, al afirmar que los diputados eran parte de una representación nacional, y por el otro sometía la actuación de las diputaciones ultramarinas a una voluntad centralizada. Esta última posición —evidente en el Artículo 27 de la propia constitución— limitó de modo considerable la actuación de las representaciones americanas, ya de por sí en desventaja numérica respecto a los representantes peninsulares. Como profesor de la cátedra de constitución, abierta en La Habana, Félix VARELA se mostró vocero de un criterio intermedio.<sup>13</sup> En sus

<sup>11</sup> «Duda preliminar sobre la naturaleza y forma de los poderes que han de darse al diputado», en Francisco de ARANGO Y PARREÑO: *Obras*, vol. II, Imagen Contemporánea, La Habana, 2005, p. 12.

<sup>12</sup> «Artículo 27. Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá». Constitución Política de la Monarquía española de 1812. Disponible en: [www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf). (Consultado en 14/1/2014).

<sup>13</sup> En 1821 abrió sus puertas en el Seminario de San Carlos una cátedra de constitución desde donde se enseñó —por primera vez en Cuba— Derecho Constitucional. Su titularidad fue obtenida por Varela mediante examen de oposición y de su mano salió también el texto docente. El mismo se publicó en ese propio año en la imprenta habanera de Pedro Nolasco Palmer, bajo el título de «Observaciones

comentarios al texto gaditano publicados en 1821, entendía la naturaleza del diputado como:

Diputado quiere decir lo mismo que enviado por una provincia, con facultades para representar derechos y proponer mejoras, de manera que es un verdadero apoderado de la provincia, pero que al mismo tiempo lo es de toda la nación en virtud de sus leyes fundamentales; [...].<sup>14</sup>

Dicha expresión no era casual. Suponía la reedición de criterios y posturas vertidos por los representantes de la élite habanera una década atrás, ante las proposiciones abolicionistas vertidas en Cortes. En 1811 el diputado mexicano Miguel Guridi y Alcocer y el español Agustín de Argüelles habían arremetido contra la esclavitud y la trata en un debate que amenazó con finalizar en la abolición de ambas. En la réplica elaborada por Francisco de Arango y Parreño —vocero de los plantadores cubanos—, se aprecia la postura favorable de la élite criolla hacia la institución del mandato imperativo. En ella se sostenía «que en un asunto tan arduo, que es propio solo de América y que en ella toca a tantos, se nos fuese a sentenciar sin que estuviese completa nuestra Representación en el Congreso».<sup>15</sup>

De modo que la visión de «apoderado», presentada por VARELA en 1821 para referirse al diputado, no podía sino estar influida por los sucesos ocurridos una década atrás y no era, en modo alguno, una invención suya. Se trataba de la adecuación constitucional de aquella noción de representante que se había asumido desde Cuba por la élite criolla. Sea como fuere, el Presbítero entendía que una diputación fundada en el mandato imperativo, o con elementos del mismo en el contenido de sus funciones, tributaba a una mejor representación política de los territorios. Tal idea fue la que intentó imponer a través de la defensa de un proyecto de régimen

sobre la Constitución Política de la Monarquía española». Paradójicamente, el primer manual de derecho constitucional escrito en Cuba compartía año de nacimiento con las Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España, del catedrático Ramón Salas. Por otra parte, si bien la propia Constitución de 1812 prescribía la enseñanza del texto con fines divulgativos, es posible que la cátedra abierta en La Habana se amparase en el Real Decreto de 24 de abril de 1820, que autorizó la enseñanza constitucional en las iglesias, escuelas, seminarios y universidades. Ver *Colección Oficial de las Leyes, Reales disposiciones y Circulares de interés general*, expedidas por el rey don Fernando VII y por las Cortes en el año de 1820, Imprenta a cargo de José Morales, Madrid, 1853, pp. 100-101.

<sup>14</sup> Félix VARELA: «Observaciones sobre la Constitución Política de la monarquía española», en *Escritos políticos*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1977, p. 70.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 28.

autonómico para Cuba, que legitimase un espacio de poder institucional para la élite criolla.

### **Un sitio de poder para la élite criolla: el Proyecto de Gobierno Autónomico**

El Proyecto de Gobierno Autónomico para las provincias de ultramar, pretendía funcionar como norma complementaria a los principios de descentralización político-administrativos regulados en el Título VI de la Constitución de Cádiz y, además, dar forma institucional al status de provincia reconocido por esta a la isla de Cuba. Se componía de 189 artículos divididos en tres títulos:<sup>16</sup> De los Ayuntamientos; De las Diputaciones Provinciales y De los jefes políticos y constituyó un reflejo de las necesidades de participación política y autogobierno presentes en la oligarquía criolla del momento.<sup>17</sup> El debate que siguió en Cortes sobre la pertinencia y constitucionalidad de algunos de sus postulados, evidenció la voluntad de sus redactores por empoderar a la élite insular, así como la profundidad de su compromiso para con la misma. En particular los posicionamientos de Félix VARELA fueron sintomáticos de una voluntad expresa por legitimar la influencia de esta en la dirección de la colonia.

El Proyecto contó con tres propuestas —debatidas y rechazadas en Cortes— cuya defensa por parte de VARELA evidencia su compromiso con la élite criolla durante este período. Las mismas corresponden a los artículos 156, 157 y 158. En el 156, se proponía

<sup>16</sup> Aunque su fuente normativa más inmediata era el Título VI de la Constitución de 1812, la historiografía más reciente también ha señalado otras. En su estudio sobre la presencia de Cuba en los orígenes del constitucionalismo español, FILIU FRANCO ha señalado algunas fuentes legales que debieron servir de modelo a la redacción del Proyecto. En este sentido se citan el Decreto para la formación de los Ayuntamientos constitucionales de 23 de mayo de 1812; la Instrucción para el Gobierno económico-político de las Provincias de 23 de junio de 1813; la Ley sobre nuevas poblaciones en Ultramar de 27 de junio de 1821 y la Ley para el gobierno económico-político de las provincias de 3 de febrero de 1823. Ver Antonio FILIU FRANCO: *Cuba en los orígenes del constitucionalismo español: la alternativa descentralizadora*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomico, Zaragoza, 2011, pp. 249-254.

<sup>17</sup> Si bien se había mantenido alejada de los procesos independentistas, la élite criolla —fundamentalmente la habanera— había desarrollado desde 1808 una franca tendencia hacia el autonomismo. Ver Ramiro GUERRA Y SÁNCHEZ: *Manual de Historia de Cuba. Desde su descubrimiento hasta 1868*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p. 205. En la defensa de la esclavitud redactada por Arango y Parreño en su Representación de la Ciudad de La Habana de 1811, puede apreciarse una franca evidencia de las necesidades de autogobierno reclamadas a España por la oligarquía habanera. Ver Francisco de ARANGO Y PARREÑO, ob. cit., pp. 19-96.

autorizar a los Jefes políticos superiores de la provincia a que: «Por consulta de la diputación podrán suspender la ejecución de alguna ley, decreto u orden cuando por circunstancias particulares crean que puede comprometerse la tranquilidad pública».<sup>18</sup> Constitucionalmente tal propuesta carecía de defensa alguna. La facultad de emitir leyes y decretos correspondía a las Cortes y al rey, respectivamente.<sup>19</sup> De manera que la propuesta colocaría al jefe político superior en posición de franco —y legítimo— desacato. Su nombramiento correspondía directamente al rey,<sup>20</sup> lo cual lo convertía en delegado directo del Poder Ejecutivo, como muy bien reconocía el propio Proyecto en su Artículo 160.<sup>21</sup> Respecto a las diputaciones provinciales, tal facultad de asesoramiento no existía entre las atribuciones conferidas a estas por la Constitución en su Artículo 335.<sup>22</sup> Más que un régimen de autonomía, se proponía una instancia de oposición a la vigencia del derecho metropolitano.

Como exprofesor de Derecho Constitucional, no cabe duda que Varela era consciente de ello y sin embargo lo respaldó. Ante los ataques de los diputados que discutieron el artículo en la sesión del 6 de mayo, respondió que esta medida era precisa «pues a tan larga distancia los legisladores no podían prever desde aquí los inconvenientes que hubiese para poner en ejecución en las provincias de Ultramar una ley, decreto u orden».<sup>23</sup> Existe una coherencia singular entre este argumento de índole práctica y la aseveración vareliana inscrita en la fundamentación que redactó para el propio Proyecto, según la cual:

Las leyes desgraciadamente se humedecen, debilitan y aun se borran atravesando el inmenso océano, y a ellas se sustituye la voluntad del hombre, tanto más temible cuanto más se complace en los primeros ensayos de su poder arbitrario, o en su antigua y consolidada impunidad.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar*, Imprenta de Don Tomás Alban y Compañía, Madrid, 1823, p. 36.

<sup>19</sup> *Constitución Política de la Monarquía española*, Artículo 131, 1<sup>a</sup> y Artículo 171, 1<sup>a</sup>.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Artículo 324.

<sup>21</sup> «Art. 160. Siendo los gefes (sic) superiores políticos los primeros agentes delegados del poder ejecutivo en aquellas provincias, [...]», *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar*, Ed. cit. p. 37.

<sup>22</sup> Cfr. *Constitución Política de la Monarquía española*, Artículo 335.

<sup>23</sup> *Gaceta Española*, Miércoles 7 de mayo de 1823, en *Diario de Sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*, Imprenta Nacional, Madrid, 1858, p. 63.

<sup>24</sup> Félix VARELA: *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar*, ed. cit., p. 5.



El paralelismo es revelador. De una primera interpretación del artículo 156 se desprende la defensa de la práctica indiana de acatar y no cumplir la norma; sin embargo, sería peregrino afirmar que la propuesta contiene una burda defensa vareliana del despotismo y del desacato. Se trataba de legitimar una instancia desde la cual la élite criolla pudiese secuestrar y ejercer funciones administrativas y de regulación dentro de la Isla.

La facultad de dejarse inefectocualquieractonormativo proveniente de la Península iba acompañada de un correctivo: la consulta a la diputación provincial; facultad que constitucionalmente tampoco estaba reservada a estos órganos, pero que confería legitimidad al acto. Se pretendía que un órgano derivado —asesorado por un órgano electivo de inferior jerarquía— pudiera influir y determinar de modo discrecional sobre la aplicación de la norma emitida por los órganos centrales. Tal reclamo se corresponde con la posición de la élite criolla de La Habana, quien había ocupado —de modo efectivo— el gobierno de la Isla desde fines del siglo XVIII merced el tráfico de influencias con la capitanía general.<sup>25</sup>

La propuesta en sí atentaba contra la jerarquía normativa del texto constitucional, así como contra las normas que quedaban sin efecto. De modo similar sucedía con el contenido del Artículo 157 del Proyecto. El mismo expresaba:

Con acuerdo de la Diputación y previa una información sumaria podrá suspender de su empleo a toda clase de funcionarios que no ejerzan judicatura, dando cuenta al gobierno en primera ocasión. Los suspensos gozarán medio sueldo y se les abonará íntegro en caso que el gobierno desaprobe la suspensión.<sup>26</sup>

Esta proposición buscaba depositar en un órgano ejecutivo inferior el —Jefe político— el control sobre las instituciones

<sup>25</sup> Manuel MORENO FRAGINALS: *Cuba/España, España/Cuba. Historia Común*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1995, pp. 147 y ss. y Juan BOSCO AMORES CARREDANO: «La élite cubana y el reformismo borbónico», en Pilar Latasa (coordinadora), *Reformismo y sociedad en la América Borbónica*, Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 2002, pp. 143-144. También ha sido un criterio sostenido en Cuba por Ibarra Cuesta, para quien «En las regiones leales que enviaron diputados a las Cortes y adoptaron los principios de la Constitución de 1812, se manifestó la aspiración de los patriciados de conservar sus prerrogativas y poderes autonómicos», Jorge IBARRA CUESTA: «La identidad prenatal y el patriotismo criollo de los siglos XVII y XVIII: ¿premisas históricas lógicas de las Juntas autonomistas y el independentismo americano del XIX», en revista *Casa de las Américas*, no. 269, 2012, p. 61.

<sup>26</sup> *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar*, ed. cit., p. 37.

administrativas y gubernativas existentes en Cuba, por medio de la destitución arbitraria de funcionarios. Arbitraria porque tal atribución tampoco estaba presente en el plexo de facultades del Jefe político superior, del mismo modo que tampoco las Diputaciones contaban con funciones consultivas al efecto.<sup>27</sup> En puridad, se trataba de revocar actos que constitucionalmente competían al Monarca,<sup>28</sup> lo cual suponía una alteración significativa al régimen de atribuciones establecido por el texto constitucional de 1812. La contestación del diputado Romero resulta muy reveladora en cuanto al contenido del artículo:

Si no me fuesen tan conocidos el patriotismo y las luces de los señores de la Comisión [se refería a la Comisión de Ultramar de la cual Varela y Tomás Gener formaban parte], diría que se había de por este artículo de sujetar a las provincias de América al yugo de otros tantos bajaes cuanto sean los Jefes que en ella haya establecidos o se establezcan.<sup>29</sup>

Más fuerte resultó la réplica esgrimida por Agustín de Argüelles, quien afirmó que: «[...] en el momento en que se diese esta facultad a los Jefes políticos, es bien seguro que serían infinitas las suspensiones, hasta el extremo de que fuese un escándalo [...]».<sup>30</sup> Antes, el diputado Saavedra había impugnado el artículo al considerar que la amplitud de la redacción daba facultad a los jefes políticos «para suspender a cualquiera autoridad de la provincia».<sup>31</sup>

La debilidad de las réplicas de Varela resultó clara. Al igual que en el caso precedente, solo pudo esgrimir argumentos practicistas de oportunidad, marcados por su vaguedad. A las declaraciones de Saavedra, respondió que «el artículo habla de los [funcionarios] que están bajo la autoridad de los Jefes políticos, no de los comandantes generales y demás jefes militares [...]».<sup>32</sup> No obstante, es obvio que la única excepción a la amplia propuesta del artículo era la referida a los funcionarios judiciales. Ante la crítica de Argüelles alegó que: «Aquí se trata de evitar perjuicios y males que se pueden causar a toda una provincia: se trata de prevenir la malversación de caudales o las dilapidaciones [...]».<sup>33</sup> La propuesta del Artículo 158 estuvo marcada por igual sesgo. El precepto decía:

<sup>27</sup> Cfr. *Constitución Política de la Monarquía española*, Artículo 335.

<sup>28</sup> Cfr. *Ibidem*. Artículo 117, 5ª.

<sup>29</sup> *Gaceta Española*, Jueves 8 de mayo de 1823, en ob. cit. p. 66.

<sup>30</sup> *Ídem*.

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> *Ídem*.

<sup>33</sup> *Ídem*.

Siempre que alguna persona justamente desconceptuada en la provincia hubiere conseguido sorprender el gobierno para obtener algún empleo que seguramente no le hubiera dado con mejores noticias, dispondrá el jefe político con acuerdo de la diputación, que no se le dé posesión, sea en el ramo que fuere, informando al gobierno en primera ocasión para que determine lo conveniente.<sup>34</sup>

Nuevamente la propuesta fue la de dotar a la capitanía general con facultades fuera de su ámbito de competencia y que se confiriera a la Diputación provincial el alcance de un órgano consultivo. La concesión de facultades al Jefe político para impedir la toma de posesión a cualquier empleo en el gobierno por razones de mal concepto público, movilizó el debate contra el precepto.

Sobre el contenido del Artículo 158 recayeron dos grandes críticas. La primera estaba relacionada con la vaguedad del término desconceptuado, que en palabras del diputado Romero «no se sabe sobre qué recae; de modo que está tan general, que podría suceder que recayese hasta sobre la conducta privada de un individuo [...]».<sup>35</sup> La segunda crítica atacaba los fundamentos de derecho del precepto. Juzgar la conducta de un individuo no era una cuestión concerniente ni a la Diputación provincial, ni a la capitanía general.<sup>36</sup> De hecho, constituía una lesión a las propias garantías procesales establecidas en el texto de Cádiz. Concretamente se violaba el Artículo 247 de la Constitución, que establecía que: «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley».<sup>37</sup> Suspender la toma de posesión de un cargo tras consultar la diputación en lo relativo al concepto público del individuo, constituía —de hecho— un fallo extrajudicial, en el cual la diputación funcionaba a manera de comisión ad hoc.<sup>38</sup>

Referido al papel asignado a la diputación en la propuesta, el diputado Gómez Becerra afirmó:

<sup>34</sup> *Proyecto de Instrucción para el gobierno económico-político de las Provincias de Ultramar*, ed. cit., p. 37.

<sup>35</sup> *Gaceta Española*, jueves 8 de mayo de 1823, en ob. cit. p. 67.

<sup>36</sup> Ver *Constitución Política de la Monarquía española*, Artículo 335.

<sup>37</sup> *Ibidem*. Artículo 247.

<sup>38</sup> También se violentaba el Artículo 280 del propio texto, según el cual no se podía «privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». *Ibidem*. Artículo 280.

[...] es un encargo para ellas [las diputaciones] muy ageno (sic) a sus atribuciones; y además sería preciso que existiese un juicio para la calificación de la conducta de las personas de que se trata, en lo cual á la verdad no puede ni debe intervenir una autoridad popular como la Diputación provincial.<sup>39</sup>

Anteriormente el también diputado González Alonso, se había cuestionado acerca de: «¿Dónde está el juez calificador de la mala opinión de la persona? ¿Estará en las Diputaciones provinciales? Yo no lo creo esto conveniente de ningún modo».<sup>40</sup>

Ante los ataques, VARELA volvió a responder con argumentos propios de la praxis política. No alegó fundamentos doctrinales o legales para sustentar sus afirmaciones. A lo dicho por Gómez Becerra respondió:

Creo que el señor preopinante convendrá conmigo en que puede haber hombres desconceptuados en el país [...] También convendrán S.S. conmigo en que el medio mejor de calificar las personas debe ser por aquellas que tienen en el país la confianza del público [...] ¿quién duda de que las personas más convenientes para esta calificación son las Diputaciones provinciales que el mismo pueblo ha elegido [...].<sup>41</sup>

Comentar esta afirmación en VARELA demanda de un paralelismo con su obra anterior. En sus «Observaciones sobre la Constitución Política de la Monarquía española», el sacerdote se había mostrado partidario del modelo de soberanía nacional centrado en la representación. Sin embargo, ahora que él mismo era parte de esa representación nacional, no tenía reparos en proponer fisuras a la misma. Apenas dos años atrás había reconocido que:

Si cada individuo se creyera con facultad de ejercer por sí la soberanía, solo porque es parte de ella, nadie duda que todo sería un desorden y confusión, y que donde quiera que se juntara un número mayor o menor de ciudadanos, se creerían autorizados para tomar determinaciones, y el orden social se trastornaría, debilitándose la autoridad del gobierno.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> *Gaceta Española*, jueves 8 de mayo de 1823, en ob. cit. p. 67.

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> Félix VARELA: «Observaciones sobre la Constitución Política de la Monarquía española», en ob. cit., p. 35.

Si bien en 1821 consideraba que la utilización de las potestades soberanas debía hacerse solo desde las Cortes, ahora, en 1823, proponía que se les extendiera también a las diputaciones, al punto de influir en la suspensión de nombramientos. Ello significaba ir contra actos no solo del ejecutivo, sino de las propias Cortes como representación activa de la soberanía.

Tales propuestas lesionaban —por su contradicción al texto— la función constitucional de regular el ejercicio del poder y también colocaban a los individuos en situaciones de inseguridad. La posibilidad de modificar actos normativos del legislativo y el ejecutivo; así como la de suspender arbitrariamente funcionarios en ejercicio e individuos nombrados para empleos por el gobierno central, reforzaban la influencia de la élite habanera —como grupo de presión— sobre la capitania general con detrimento del orden constitucional. Fueron proposiciones abiertamente subversivas, en consonancia con la vocación autonomista —y de franco desacato—, que durante las últimas décadas había manifestado la élite criolla desde el Ayuntamiento habanero.

Durante generaciones, las autoridades indianas habían apelado a la fórmula de: «se acata, pero no se cumple». También en Cuba, donde los capitanes generales habían tenido —en varias ocasiones— que tomar decisiones contrarias a lo que se les exigía desde la Metrópoli. Así había ocurrido con el rechazo hacia el Código Negro Carolino de 1789;<sup>43</sup> también en época del capitán general Someruelos con el tráfico de harinas y el comercio con neutrales.<sup>44</sup> De hecho, uno de los argumentos esgrimidos por Varela en favor de

<sup>43</sup> En relación con la discutible vigencia práctica de esta Real Cédula, se expresaba en los siguientes términos un Informe del Consejo de Indias, con fecha de 3 de enero de 1792: «[...] esta cédula que en casi todas sus cláusulas respira el amor a la humanidad que la dictó, ha hallado graves inconvenientes en el momento de su observancia. Apenas se comunicó a los dominios de Indias cuando suspendiéndose su cumplimiento en la Louisiana, La Habana, Santo Domingo y Caracas, elevaron aquellos habitantes sus clamores al trono pintando la ruina de la agricultura, la destrucción del comercio, el atraso del Erario, y la subversión de la tranquilidad pública [...]». José Antonio SACO: *Historia de la Esclavitud*, vol. V, Imagen Contemporánea, La Habana, 2006, p. 86.

<sup>44</sup> De que los reclamos de los hacendados habaneros ante la capitania general acerca de ignorar las prohibiciones al comercio resultaban frecuentes, habla un oficio presentado por los mismos al cabildo de 20 de octubre de 1809. Respaldo por 138 firmas se oponía a las sucesivas interrupciones del comercio con neutrales, con exposición del perjuicio económico que causaba a la producción azucarera. Exigía también libertad de comercio en igualdad de condiciones que la Metrópoli y concluía con la petición al capitán general «que se tenga a bien suspender el cumplimiento de la real orden última y dar cuenta con testimonio a la Junta Suprema Nacional, para la revocatoria que esperamos [...]». Grupo

la propuesta del Artículo 156 del Proyecto, fue la conveniencia de haber suspendido en La Habana la aplicación de la nueva ley de aranceles —aprobada por las Cortes— por considerarla lesiva al comercio.<sup>45</sup> Frente a ello, la citada afirmación vareliana vertida en la fundamentación de motivos del propio Proyecto, adquiere un sentido diferente. No se trataba solo de una crítica directa contra la aplicación o la vigencia del Derecho Real que descendía de la Metrópoli; sino de un pie forzado, de un argumento para justificar la necesidad de la autonomía —en su literal sentido— y legitimar la práctica del desacato en última instancia.

### A modo de conclusión

Como representante de la élite criolla autonomista Félix VARELA se enfrentó al modelo constitucional español de 1812. Este enfrentamiento, sin embargo, fue expresión de la tendencia negociadora que caracterizó a aquellos territorios que mantuvieron su fidelidad a la Metrópoli, en el marco de la coyuntura independentista. Por ello, el carácter subversivo de su discurso lo fue solo en la medida en que fundamentó la intención por legalizar —a largo plazo— una situación de poder para la élite insular. En este sentido, el Proyecto supuso una reacción ante la incapacidad del texto doceañista para representar los intereses de la élite criolla ante la metrópoli. De ahí la pretensión por reformular sobre presupuestos de legitimidad la práctica del «se acata, pero no se cumple». Finalmente, su texto resultó expresión de las aspiraciones de poder de la propia élite insular, así como de la posición que — como grupo de presión— ejercía dentro de la colonia.

de vecinos de La Habana al Ayuntamiento, La Habana, 10 de septiembre de 1809. Documento anexo al Cabildo ordinario de 20 de octubre de 1809, Actas del Cabildo, 1808-1809, fol. 450-455, Archivo de la Oficina del Historiador de la Ciudad de La Habana.

---

<sup>45</sup> «El Sr. Varela hizo presente al Congreso, que podía llegar el caso en que este tomara una resolución, y cuando esta llegase á América fuesen absolutamente diferentes las circunstancias que la motivaron, y de consiguiente, lejos de ser útil a aquellos países, pudiera ser perjudicial por una variación de las circunstancias: citó en apoyo a su opinión la ley sobre aranceles, que cuando llegó a La Habana, se vieron obligadas sus autoridades a suspenderla por evitar los funestos resultados que de hacerla observar pudieran haberse ocasionado; [...]». *Gaceta Española*, jueves 8 de mayo de 1823, en ob. cit. p. 65.

## Entre la crisis y la reforma. Itinerario del constitucionalismo cubano (1906-1933)

Fabricio MULET MARTÍNEZ\*

### Ideas preliminares

Sin dudas, el análisis de los textos constitucionales siempre resultará interesante y sumamente valioso, por supuesto, siempre que este no se agote en el ámbito textual sin tomar en cuenta la dimensión histórica y cultural de los mismos. En este sentido, pese a que nuestra historiografía jurídica se encuentra engalanada con un número considerable de estudios que siguen la línea mencionada, es perceptible el menosprecio que ha recibido la Constitución de 1901, lo cual se acentúa aún más si efectuamos una comparación en relación con las páginas que han llenado los trabajos dedicados al texto constitucional de 1940, todavía hoy venerado por muchos. A ello podríamos achacarle el haber arrastrado el lastre del apéndice constitucional conocido como la Enmienda Platt, podríamos asentir que simplemente la Constitución que cimentó la ascensión de Cuba como Estado-Nación queda eclipsada ante la dogmática social y progresista de la Carta de 1940, pero lo cierto es que esta no ha gozado de toda la atención científica merecida, excluyendo de nuestra afirmación alguna que otra afortunada excepción.<sup>1</sup>

\* Licenciado en Derecho. Profesor adjunto de Historia del Estado y el Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> Tales son los casos, por ejemplo, de José Clemente VIVANCO: *Constitución de la República de Cuba comentada*, Imprenta y Encuadernación San Ignacio no. 58, Habana, 1902; Antonio BRAVO CORREOSO: *Cómo se hizo la Constitución de Cuba*, Conferencias dadas en la Institución de Altos Estudios de la Asociación de Maestros Normales de Oriente, en los meses de noviembre y diciembre de 1927 y enero de 1928, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1928; Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Fundamentos históricos y filosóficos sobre la Constitución de 1901*, La Habana, 1953; Raúl DE CÁRDENAS Y ECHARTE: *La organización de los poderes públicos en la Constitución de 1901*, Cincuentenario de derecho constitucional, Ciclo de conferencias, tercera conferencia, leída la noche del día 15 de mayo de 1953, en el Salón de Actos de la Asociación Nacional de Hacendados, Colegio Nacional de Abogados, Imp. Luis Ruiz, La Habana, 1953; Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Teoría e historia de la Constitución cubana. La Convención Constituyente de 1901*, EPUH, Unidad Ligera, Escuela de Ciencias Políticas, Facultad de Humanidades, Universidad

No es objeto de la presente investigación, enfocarnos en el estudio de dicho texto que tantos encumbran como el más preciosamente acabado desde el punto de vista técnico-jurídico que haya regido en nuestro país, pero sí consideramos pertinente abordar el funcionamiento del régimen constitucional bajo su amparo, sobre todo a partir de 1906, año en el que Cuba entraría en un grave estado de crisis política, hasta llegar al derrocamiento del presidente Gerardo Machado, en 1933, que daría al traste con el orden institucional al cual nos referiremos y que supondría el inicio del convulso interregno constitucional que no terminaría sino hasta 1940 con la promulgación de una nueva Constitución.

Como se afirma con anterioridad, el inicio de la crisis político-constitucional, comprendida dentro de los años que se pretende abordar en este trabajo, se remonta a 1906, a raíz de la guerra civil y la consecuente intervención militar norteamericana que provocó la reelección del presidente Tomás Estrada palma. Dichos acontecimientos marcarían las tres primeras décadas de existencia de Cuba como país independiente y soliviantarían entre varios sectores un estado de opinión tendente a poner en tela de juicio la efectividad tanto de la Constitución vigente como del modelo de gobierno unipersonal que esta refrendaba.

En medio de un contexto caracterizado por el azote de más de una crisis económica, así como la alternancia en el poder de dos partidos, el Liberal y el Conservador, cuyos programas no mostraban notables diferencias entre sí (y los cuales en palabras de Elías ENTRALGO no rebasaban la etapa de grupo, eran inestables y propensos al faccionismo, y empezaban y terminaban con las elecciones),<sup>2</sup> se van a desarrollar

de La Habana, La Habana, 1964; Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: «Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901», en Andry MATILLA CORREA (coordinador): *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2009, pp. 54 y ss. ; y Andry MATILLA CORREA: «El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901», en Andry MATILLA CORREA y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coordinadores): *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional. Homenaje cubano al Profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Universidad de La Habana, La Habana, 2012, pp. 169 y ss.

<sup>2</sup> Elías ENTRALGO: «El Proceso Político Interno», en Emilio ROIG DE LEUCHSERING: *Curso de Introducción a La Historia de Cuba*, Municipio de La Habana, La Habana, 1937, p. 410. Durante esta también existió el Partido Popular, fundado por Alfredo ZAYAS, que pese a haber formado parte del cooperativismo y haber llevado a su líder a la más alta magistratura de la República, tuvo una escasa relevancia en la vida política cubana y su membresía era insignificante al punto de ser moteado como «el Partido de los Cuatro Gatos».



una serie de cuestionamientos respecto al engranaje constitucional vigente, convirtiéndose el régimen presidencialista en el principal blanco virtual de todos los ataques en esta dirección.

Precisamente el constitucionalismo cubano del primer cuarto del siglo xx estuvo matizado por el afán reformador, por el clamor insistente en favor de la modificación de nuestro texto constitucional, a la sazón visto como solución pertinente a las constantes agitaciones políticas que atravesó el país a lo largo de dichos años, como panacea ideal ante tantos desmanes que sufría la República novicia. Es por eso que junto al vasto debate político y doctrinal que se suscitaba en torno a esta cuestión, aflorarían un conjunto de intentos efectivos de reforma constitucional, encarnados en proyectos que serían presentados en el Congreso de la República, tanto antes como después de la cristalizada reforma de 1928, la cual fue motivo de agudización de la mencionada crisis. Tales tentativas serían intermitentes, por estar estrechamente condicionadas a las coyunturas políticas y a los rejugos del partido que ocupase el poder en ese momento, y estarían centradas sobre todo en lo concerniente a la forma de gobierno y no se detendrían en otros aspectos medulares como lo son la preceptiva dogmática.

Estas ideas que acaban de ser expuestas pueden servir como punto de partida en nuestro propósito de abarcar lo más concretamente posible el desarrollo constitucional de nuestro país durante la etapa que nos ocupa, ya mismo entendemos que el estudio de la misma resulta imprescindible en aras de la idónea aprehensión del constitucionalismo cubano ulterior.

### **Primeras tentativas de reforma constitucional en Cuba**

A quien se haya acercado al estudio de la historia constitucional cubana de manera superficial, le parecerá que el interés por modificar el articulado de la Constitución de 1901 salió a relucir abruptamente apenas en 1928, cuando efectivamente se llevó a cabo la controversial reforma constitucional. Sin embargo, como veremos en el presente trabajo, esta no fue sino la desembocadura de un proceso largo y complejo que se mantuvo en el candelero durante casi todo el primer cuarto del siglo xx y que se remonta a los primeros momentos de la naciente República, allá por el año 1906, en el gobierno de nuestro primer presidente, don Tomás Estrada Palma.

La administración presidencial de Tomás Estrada Palma, si bien estuvo matizada por su austeridad en el uso del erario estatal y por su atención a las obras públicas, a las cuestiones sanitarias y

de educación, así como por el crecimiento económico que vivió el país, no estuvo exenta de fuertes contradicciones y antagonismos políticos entre este y sus opositores, que conllevaron a la toma de medidas extremadamente autoritarias por parte del entonces presidente de la República. Ejemplo de estas medidas fue la masiva destitución de Alcaldes, concejales y otros funcionarios públicos no simpatizantes con su gobierno,<sup>3</sup> lo que tornó bien tensas las contradicciones ya existentes entre este y sus opositores.

El principal detonante de la crisis política a la que se hacía alusión al inicio, fue la controvertida reelección de Estrada Palma. Esta causó un gran malestar entre muchos sectores populares y políticos del país, al punto de desatar un movimiento insurreccional que sumiría a la Nación en una severa crisis interna que desembocaría en una segunda intervención norteamericana (1906-1909). Dichos sucesos hicieron resurgir los viejos temores al caudillismo político y llevaron a muchos a reflexionar sobre los peligros que podía acarrear el sistema de gobierno unipersonal imperante en la Isla.<sup>4</sup>

Se puede decir que la adopción del modelo presidencial en Cuba fue fruto del consenso de nuestros constituyentes de 1901. MARTÍNEZ ORTIZ no vacilaba en afirmar que «La influencia americana se hacía sentir con rara unanimidad; la aparente sencillez del sistema representativo satisfacía las exigencias y los deseos; resolvía [...] la fórmula perfecta del gobierno».<sup>5</sup> Fue este el motivo por el cual durante las sesiones de la Constituyente, las discusiones sobre la configuración de la forma de gobierno en nuestra Carta Magna no se salieran de la órbita del presidencialismo al más puro estilo norteamericano,<sup>6</sup> no obstante contar en un su seno con confesos

<sup>3</sup>La deposición de Alcaldes y Concejales tenía su basamento jurídico en la vigencia de la Ley Municipal colonial, la cual dicha potestad al Capitán General de la Isla, trasladándose ahora al presidente de la República. Ver Enrique GAY-GALBÓ: «Insurrección de 1906 y eclipse de la República», en RAMIRO GUERRA: *Historia de la Nación Cubana*, t. VIII, Editorial Historia de la Nación Cubana, S.A., La Habana, 1952, p.19.

<sup>4</sup>Eliseo GIBERGA, por ejemplo, alegaba que el gobierno personal sin control dejaba ancho margen a las arbitrariedades. Eliseo GIBERGA: «Discurso pronunciado en el Ateneo de La Habana en 26 de diciembre de 1906 sobre el sistema parlamentario en el debate sobre la forma de gobierno más conveniente para Cuba», en *Obras de Eliseo Giberga*, t. I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., La Habana, 1930, p. 329.

<sup>5</sup>Rafael MARTÍNEZ ORTIZ: *Cuba. Los Primeros Años de Independencia*, Primera Parte, 3ra. edición, Editorial "Le Livre Libre", París, 1929, p.191.

<sup>6</sup>Así se reflejó en los proyectos presentados por muchos de los Delegados, exceptuando el proyecto de Leopoldo BERRIEL, que tocaba puntos como la existencia de un Consejo de Ministros responsables ante el Legislativo y que refrendaba las decisiones del Presidente, pero no por eso podemos decir que se trataba de un proyecto

adeptos al parlamentarismo, dígase Eliseo GIBERGA y Juan Gualberto Gómez.<sup>7</sup> Mas, si alguno de ellos hubiera planteado la instauración del parlamentarismo ante el influjo seductor que ejercía la Constitución norteamericana sobre el resto de sus colegas, «hubiese visto perder su esfuerzo en el vacío [...]. La Constitución cubana se deseaba calcada sobre la americana. Los resplandores de la gran democracia eran deslumbradores [...]».<sup>8</sup>

Sin embargo, restituida la normalidad institucional en Cuba con el cese de la intervención, comenzaron a tornarse más perceptibles ciertas tendencias reformistas en torno a la Ley Fundamental,<sup>9</sup> lo que fue un acicate perfecto para que se generara un amplísimo debate en derredor de la funcionalidad del modelo presidencialista, y por ende, sobre la forma de gobierno más conveniente para nuestro país.

Es así como el examen detallado del constitucionalismo cubano de las primeras décadas del siglo XX arroja como rasgo distintivo del mismo el dilema de la forma de gobierno. En el discurso constitucional de la primera mitad del novecientos jurídico cubano, no asomó asunto alguno que despertara tamaño interés ni fuese

---

parlamentarista. Véanse los proyectos en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, Sesión del lunes 21 de enero de 1901, Apéndice especial al no. 15.

---

<sup>6</sup> Así se reflejó en los proyectos presentados por muchos de los Delegados, exceptuando el proyecto de Leopoldo BERRIEL, que tocaba puntos como la existencia de un Consejo de Ministros responsables ante el Legislativo y que refrendaba las decisiones del Presidente, pero no por eso podemos decir que se trataba de un proyecto parlamentarista. Véanse los proyectos en *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, Sesión del lunes 21 de enero de 1901, Apéndice especial al número 15.

<sup>7</sup> Juan Gualberto GÓMEZ, dentro de la Comisión Consultiva, siempre defendió de la forma parlamentaria, la cual reconocía como superior y “más adaptable a los mandatos de la opinión”, pero reconocía que mientras rigiera el presidencialismo, el gobierno necesitaba total respaldo del Congreso para desempeñar sus funciones, y así no achacar otros sus fracasos. Ver Leopoldo HORREGO ESTUCH: *Juan Gualberto Gómez: Un Gran Inconforme*, Editorial La Milagrosa, La Habana, 1954, p.202.

<sup>8</sup> Rafael MARTÍNEZ ORTIZ: Ob.cit., p.193.

<sup>9</sup> Durante la gestión del gobierno interventor, (1906-1909) la tendencia seguida fue la de promulgar una serie de Leyes Orgánicas, obedeciendo el criterio de que la posible solución a la crisis política-institucional vivida por Cuba se debía a no haberse dictado las leyes complementarias que requería la Constitución para su aplicación. Esto no significa que el gobernador Charles Magoon defendiera la Carta Magna. De hecho, en el informe presentado al presidente Theodore Roosevelt, lamentaba no haber dispuesto de tiempo suficiente para llevar a cabo una reforma constitucional. Ver a Herminio PORTELL VILÁ: *Historia de Cuba en sus relaciones con los Estados Unidos y España*, t. IV, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1941, pp. 556-557.

motivo de tan enérgicas fricciones. Evidencia de ello reside en el hecho de ante la crisis política acaecida en los umbrales de la República y los consiguientes cuestionamientos hacia el orden institucional recién erigido, el modelo presidencialista vigente resalta como causa primordial de la mentada crisis y de resultas, su modificación se revela como la única solución visible. Habría que esperar hasta la década del treinta para que la llamada «cuestión social» se colocara en el ojo del huracán y el pensamiento jurídico y la práctica política giraran su atención hacia otras aristas como la consagración de los derechos sociales y culturales, la instauración del Estado interventor y la concepción de la propiedad como función social. Hasta entonces, la cuestión de la forma de gobierno se mantendría en el epicentro del debate político-jurídico. Es esta la proyección de una mentalidad jurídica que todavía se encuentra arraigada en los basamentos liberales decimonónicos, producto en buena parte de la independencia alcanzada de manera tardía.

En este orden cabe resaltar la fuerza que cobraron ciertas tendencias defensoras de la instauración del régimen parlamentario en Cuba, teniendo entre sus principales figuras a Eliseo GIBERGA, Juan Gualberto GÓMEZ, Rafael MARTÍNEZ ORTIZ, Enrique LOYNAZ DEL CASTILLO y Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA.<sup>10</sup> Igualmente, no deberíamos dejar de mencionar otra corriente favorable a la implantación de un gobierno de tipo colegiado, dentro de la cual Arturo MAÑAS y Mario GARCÍA KOHLY fueron sus más reconocidos exponentes, aunque la misma fuera notoriamente minoritaria.

Estas tendencias se manifestaron a través de discursos, conferencias, pero sobre todo mediante varios proyectos de reforma constitucional que, en líneas generales, versaban no solo sobre la modificación de la forma de gobierno —ya fuera esencialmente mediante la instauración del modelo parlamentario o incorporando al régimen presidencial vigente matices parlamentaristas, como la comparecencia de los Secretarios al Congreso y la responsabilidad de los primeros frente al segundo—, sino que abordaban otros puntos referidos a temas como el sufragio femenino y la prohibición de la reelección presidencial.

<sup>10</sup> Sobre este tema nos hemos ocupado en «El parlamentarismo en Cuba: Una página olvidada en nuestra historia constitucional», en Andry MATILLA CORREA (Coordinador): *Cuestiones histórico-jurídicas. I Jornada Nacional de Historia del Derecho, Facultad de Derecho*. Universidad de La Habana, Editorial UNIJURIS, Universidad Central de Las Villas, La Habana, 2014, pp. 296 y ss.

## Los proyectos de reforma constitucional

La intención de llevar a cabo la revisión constitucional fue hecha oficial por el Partido Conservador en su programa para las elecciones de 1908, en el cual se propugnaba la compatibilidad entre los cargos de congresistas con los de secretarios de Despacho y la extensión del mandato presidencial a seis años, pero sin posibilidad de reelección.<sup>11</sup> Finalmente en esos comicios, con José Miguel GÓMEZ a la cabeza, resultó ganador el Partido Liberal, opuesto a cualquier intento de reforma, por lo que las bases propuestas por los Conservadores quedarían en el tintero.<sup>12</sup>

El 5 de agosto de 1912 el senador Antonio BERENGUER Y SED presentaba en el Congreso de la República el primer proyecto de reforma constitucional del que al menos tengamos noticias haya sido analizado en sede legislativa.<sup>13</sup> Es curioso que este proyecto haya sido pasado por alto en nuestra historiografía constitucional, al punto de que Enrique HERNÁNDEZ CORUJO, cuya *Historia Constitucional* representa uno de los máximos referentes en la materia, ni siquiera hace mención del mismo, distinguiendo en cambio al proyecto de Ricardo DOLZ como la primera tentativa legislativa de reforma,<sup>14</sup> el cual, empero, no fue presentado, sino hasta junio de 1913, o sea, casi un año después. Tampoco podemos afirmar que pasó totalmente desapercibido, puesto que existen indicios de que el mismo era conocido, siendo uno de los ejemplos más claros la referencia que de este hace Miguel ALONSO PUJOL, quien lo califica como el primer intento congresional de sustituir nuestro régimen presidencial por el sistema parlamentario.<sup>15</sup>

En el preámbulo de su proposición, el senador de la República exponía que el régimen de gobierno recogido en la Constitución de 1901 era una alternativa intermedia entre el presidencialismo y el parlamentarismo, apartándose de este último en cuanto se omitía el derecho de disolución del cuerpo Legislativo por el Jefe de Estado. Pero como mismo se había obviado esta prerrogativa, también se había incluido la irresponsabilidad del presidente y la responsabilidad de los Secretarios, bases fundamentales del

<sup>11</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Historia Constitucional de Cuba*, t. II, Compañía Editorial de Libros y Folletos, La Habana, 1960, pp.61-62.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.62.

<sup>13</sup> REPÚBLICA DE CUBA, SENADO: *Proposición de ley del Dr. Antonio Berenguer y Sed sobre la revisión constitucional presentada al Senado en la sesión de 5 de agosto de 1912*, Imprenta y Librería La Moderna Poesía, La Habana, 1912.

<sup>14</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Ob. cit.*, p. 67.

<sup>15</sup> Miguel ALONSO PUJOL: *La Reforma Constitucional y el Sistema Parlamentario*, Imprenta El Siglo XX de Aurelio Miranda, La Habana, 1917, p. 85.

gobierno parlamentario. De este marco tenía lógicamente que derivarse el ejercicio efectivo del gobierno por el Gabinete formado por los Secretarios, no de un modo absoluto, «sino bajo la suprema autoridad moderadora del Jefe de Estado»<sup>16</sup>

En opinión de BERENGUER Y SED, en el artículo 78 de la Constitución no cabía otra lectura que la conformación de un auténtico Gabinete o Consejo, ya que solo reunidos en Consejo podrían acordar todo lo concerniente al Poder Ejecutivo que junto a ellos ejercía el presidente de la República. En consecuencia, tampoco los cargos de secretarios de Despacho eran constitucionalmente incompatibles con los de Representantes de la Cámara y senadores, puesto que la incompatibilidad solo se establecía entre congresistas y cargos nombrados por el Gobierno; y los secretarios no eran nombrados por el Gobierno, sino por el presidente para que junto a él formaran el Gobierno.

A tenor de lo sostenido por su autor, con el proyecto de reforma no se trataba de implantar un sistema parlamentario cabal y cumplido, sino de «asegurar en la práctica la efectividad los principios constitucionales de irresponsabilidad presidencial y de irresponsabilidad del Gabinete», ambos previstos en nuestro magno texto. Para ello no se pretendía más que esclarecer o ampliar el sentido de determinados preceptos y así potenciar la observancia de los principios fundamentales de la Constitución; así como la fiscalización de la acción política y administrativa del Gobierno.

Ya adentrándonos en el contenido de la proposición de Ley, o por lo menos en la parte que trasciende a los intereses del presente trabajo, vemos cómo en la misma la elección del presidente de la República debía recaer en una Junta Electoral Nacional compuesta por 24 senadores y 54 representantes de la Cámara, designados por sorteo, 7 consejeros de Estado, y 48 compromisarios designados por sorteo a razón de 4 por título capacidad y 4 por título de mayores contribuyentes en cada provincia, entre los compromisarios senatoriales elegidos en la última elección de los mismos. El presidente de la República podía suspender las sesiones de los Cuerpos Colegisladores una sola vez en cada legislatura por un lapso de 15 días, y ostentaría la iniciativa legislativa junto con ambas Cámaras, además de que su período de mandato era extendido a seis años sin posibilidad de reelección inmediata.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> REPÚBLICA DE CUBA, SENADO: *Proposición de ley del Dr. Antonio Berenguer y Sed sobre la revisión constitucional presentada al Senado en la sesión de 5 de agosto de 1912*, Ob. cit., pp. 4-5.

<sup>17</sup> Ver artículos del 56 al 67.

En el artículo 72 del proyecto se condensaban los artículos 76 y 77 de la Constitución, con la diferencia de que ahora los secretarios de Despacho quedaban agrupados en un Consejo encabezado por un presidente cuyo nombramiento correspondía al presidente de la República. En el artículo 73 se ratificaba la responsabilidad de los Secretarios, pero sin que esta excluyera la responsabilidad personal del presidente de la República en los casos previstos en el artículo 47.<sup>18</sup>

Uno de los aspectos a destacar en este proyecto es que al Consejo de Secretarios se le otorgaba una relativa independencia. Sus reuniones debían ser presididas por el presidente de la República cuando fueran convocadas por este, pero en el resto de los casos era el presidente del Consejo quien las convocaba y presidía. Asimismo, los secretarios podían concurrir a las sesiones de ambas Cámaras Colegisladoras, sosteniendo los proyectos legislativos que el gobierno hubiese presentado y contestando a las interpelaciones a ellos dirigidas. Los secretarios tendrían voz en todas las deliberaciones, pero solo tendrían voto en la Cámara a la que pertenecieran.<sup>19</sup>

Sin lugar a dudas, el elemento más innovador y, podría decirse exótico, de este proyecto, lo constituía la inclusión por parte de Antonio BERENGUER, de un Consejo de Estado, cuerpo consultivo del presidente de la República inspirado en el órgano homónimo francés. La idea del Consejo de Estado no era nueva en nuestra experiencia republicana, sino que ya había sido esbozada por Eliseo GIBERGA y sería retomada igualmente en el proyecto de Ricardo DOLZ.<sup>20</sup> De

<sup>18</sup> El artículo 47 de la Constitución de 1901 atribuía al Senado la potestad de juzgar al Presidente cuando fuera acusado por la Cámara de Representantes de delitos contra la seguridad exterior del Estado, contra el libre funcionamiento de los Poderes Legislativo y Judicial, o de infracción de los preceptos constitucionales. El proyecto de BERENGUER Y SED agregaba a las causales la comisión de cualquier otro delito en el ejercicio de sus funciones.

<sup>19</sup> El artículo 51 del proyecto establecía que los cargos de Congressistas eran compatibles con los de Secretarios, no así con cualquier otro cargo público retribuido y de nombramiento por el gobierno, exceptuándose el de Catedrático por oposición de establecimiento oficial, obtenido con anterioridad a las elecciones.

<sup>20</sup> Sobre los orígenes del Consejo de Estado en Cuba recomendamos la lectura de los trabajos realizados por Andry MATILLA CORREA: «Eliseo Giberga y el primer tiempo del Consejo de Estado en Cuba», en Andry MATILLA CORREA (Coordinador): *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas*, Editorial UH. Editorial Ciencias Sociales, La Habana, pp. 219 y ss.; y «El Consejo de Estado en la proposición de ley de revisión constitucional de Antonio Berenguer y Sed y en el proyecto de ley de reforma constitucional de Ricardo Dolz y Arango», en Andry MATILLA CORREA (Coordinador): *Cuestiones histórico-jurídicas. I Jornada Nacional de Historia del Derecho*, ob. cit., pp. 254 y ss.

hecho, en lo referente a su composición, el Consejo de Estado seguía el criterio de «alta representación nacional» defendido por el primero, y su función principal era de naturaleza consultiva, debiendo informar al Gobierno sobre asuntos de diversa índole, tanto en el ámbito político, administrativo, legislativo e incluso jurisdiccional. Este órgano contaría con un presidente, un vicepresidente y dos secretarios, nombrados por el presidente de la República dentro de los Consejeros, a propuesta en terna del mismo Consejo, y el ejercicio de estos cargos duraría cuatro años.<sup>21</sup>

Sobre las razones por las cuales la propuesta de reforma de Antonio BERENGUER Y SED no prosperó en su travesía congresional, quizá se deba a que como apuntaba Enrique HERNÁNDEZ CORUJO, la intención de llevar a cabo la revisión constitucional había sido hecha oficial por el Partido Conservador desde 1908, en su programa para las elecciones de ese mismo año. Finalmente en esos comicios, con José Miguel GÓMEZ a la cabeza, resultó ganador el Partido Liberal, que se manifestaba opuesto a cualquier intento de reforma,<sup>22</sup> y fue en medio de esta primera administración Liberal donde apareció el proyecto que comentábamos, aunque de él no hiciera mención el referido autor.

En el año 1913 los Conservadores arribaron al poder con la elección de Mario GARCÍA-MENOCAL como presidente de la República. Este hecho colocaría de nuevo en el centro de los debates un tema que en el período Liberal continuó latente en la opinión pública: la reforma de la Constitución y sobre todo, la posible adaptación del sistema parlamentarista al régimen constitucional vigente.

Transcurrido solamente un mes desde que Mario GARCÍA-MENOCAL asumiera la presidencia, Ricardo DOLZ Y ARANGO presentaba al Senado el 13 de junio de 1913, un proyecto de reforma constitucional que sería presentado nuevamente cuatro años más tarde, un 13 de abril de 1917, no alcanzando éxito alguno en ninguna de las dos oportunidades.<sup>23</sup>

Por su parte, el 28 de enero de 1918, el Representante José María LASA, también Conservador, presentaba otro proyecto de reforma constitucional,<sup>24</sup> que mostraba ciertos puntos de contacto con el

<sup>21</sup> La regulación del Consejo de Estado se encuentra contenida en el título 9 del proyecto.

<sup>22</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., pp.61-62.

<sup>23</sup> Ver el proyecto de reforma constitucional en Ricardo DOLZ Y ARANGO: «Proyecto presentado por el Senador Ricardo Dolz», en *La Reforma Social*, vol. X, no. 3, marzo 1918, Casa Editorial La Reforma, New York City, pp. 105 y ss.

<sup>24</sup> Ver el proyecto en José María LASA: «Proyecto presentado por el Representante José María Lasa», en *La Reforma Social*, vol. X, no. 3, marzo 1918, Casa Editorial La Reforma, New York City, pp. 98 y ss.



proyecto de DOLZ, aunque no seguía al pie de la letra la expresa tendencia parlamentarista de este, sino que optaba más bien por moverse —al menos virtualmente— dentro de los límites del régimen presidencialista.

Con el proyecto de DOLZ, como bien afirmaba su autor en el preámbulo, se perseguía el objetivo de implantar el sistema parlamentario en Cuba, tratando de contrarrestar el estancamiento que podría significar la persistencia en mantener vigente el régimen presidencialista que había imperado en Cuba hasta aquel entonces. Entre las similitudes que este tenía con el proyecto de LASA estaba el otorgarle iniciativa legislativa al presidente de la República,<sup>25</sup> facultad de la que no gozaba este al amparo del artículo 61 de la Constitución y que estaba reservada exclusivamente a las Cámaras del Cuerpo Legislativo. Era evidente que dichos proyectos se pronunciaran respecto a la reelección presidencial, prohibiéndose en ambos; pero cabe preguntarse por qué la prohibición de reelección no fue absoluta. La fórmula por la que se optó fue la de impedir una reelección inmediata del presidente, ya que este podría postularse para un nuevo mandato pasados dos períodos presidenciales, según Ricardo DOLZ; mientras que en el proyecto de LASA bastaba con esperar un solo período, y así sucesivamente. Con esto no se impedía para nada que un mismo presidente fuera electo de manera indefinida —uno de los aspectos más criticados en el artículo 66 de la Constitución de 1901— sino que solo se alteraba la periodicidad de la reelección,<sup>26</sup> y para echarle más leña al fuego, se extendían —incluso se doblaban en el proyecto de DOLZ— los años de duración del mandato. Como punto favorable a la modificación del artículo 66, se sustituían las elecciones de segundo grado por el sufragio directo, aunque aún persistían en reprimir el batallado voto femenino.<sup>27</sup>

Un punto negativo fue el tratamiento que se le dio a las potestades del presidente sobre las autoridades locales. DOLZ proponía que el presidente —que además tenía la facultad de disolver el Congreso, algo típico del modelo parlamentario— pudiera nombrar a los Gobernadores, previa propuesta del Consejo Provincial, así como removerlos de sus puestos. En el proyecto de LASA la acción del

<sup>25</sup> Ver artículo 9º del proyecto de DOLZ y Apartado SEPTIMO del proyecto de Lasa.

<sup>26</sup> Así tenemos el caso de Mario GARCÍA-MENOCAL, quien tras haber sido presidente por ocho años (1913-1921) volvió a presentarse a elecciones en 1924, en 1936, y tenía intenciones de presentarse en 1940, aunque ya su edad no le permitió emprender semejante aventura.

<sup>27</sup> Ver el artículo 10 del proyecto de DOLZ y el apartado OCTAVO del proyecto de LASA.

presidente se hallaba un poco más restringida, ya que no podía nombrar a los gobernadores, pero sí podía, en virtud del Apartado NOVENO, suspenderlos a ellos y a los alcaldes, aunque no libremente, sino por causa de extralimitación de funciones o infracción de la Ley, además de que tenía que dar conocimiento al Senado para el caso de los gobernadores, y para el caso de los alcaldes debía informar al tribunal competente para el esclarecimiento y castigo de los hechos punibles que hubieren motivado la suspensión. Claramente, con estos preceptos se barría de un solo golpe cualquier mínima expresión de autonomía local.

Tanto DOLZ como LASA proponían la modificación del artículo 78 de la Constitución, a los efectos de dar la posibilidad a los secretarios de Despacho de participar en las sesiones del Congreso, así como de establecer la responsabilidad de estos por los actos de gobierno que refrendaran, con la diferencia de que en el proyecto de DOLZ se excluía la responsabilidad directa del presidente de la República (salvo por la comisión de delitos de contra la Seguridad del Estado), lo que no ocurría en el de LASA.

En materia municipal, en el Apartado DUODÉCIMO del proyecto de LASA se esbozó una innovadora propuesta que sería desarrollada años más tarde en la Constitución de 1940: la dirección municipal colegiada de una Comisión integrada por cinco individuos para aquellos casos en que los Términos Municipales excedieran los doscientos mil habitantes. De los cinco miembros de la Comisión, dos eran designados por el presidente de la República — uno de los cuales dirigía la Comisión — y los tres restantes eran elegidos por voto popular directo.

Con respecto a la Cámara de Representantes, decidieron mantener intacta prácticamente todo lo relativo a su configuración constitucional, solamente añadiéndose en la propuesta de LASA dos años más al período legislaturas, además de otros asuntos en relación con el quórum y las fechas de apertura y cierre de sus sesiones. No ocurrió lo mismo con el Senado, cuyos miembros fueron aumentados en el proyecto de DOLZ a seis por provincia, suprimiéndose su elección a través de los Compromisarios. La nota más polémica la aportó LASA al proponer en las indicaciones para la reforma, que los senadores ocuparan sus escaños por doce años, además de que consideraba necesario que además de los senadores electos, el Senado fuera integrado también por «personalidades de alta representación, por los cargos que hubieren ejercido», como el presidente y vicepresidente de la República salientes.<sup>28</sup> Estos eran los

<sup>28</sup> Ver Apartado SEGUNDO.

denominados por Orestes FERRARA como «Senadores por derecho propio». No le faltaba la razón al sabio napolitano al fustigar severamente al Representante José María LASA, aduciendo que tales proposiciones despojaban a nuestra Cámara Alta de todo carácter popular, pues además de crear senadores no electos por el voto ciudadano, se sumaba el hecho de que un senador permaneciera doce años en tal ejercicio, convirtiendo el cargo casi en vitalicio.<sup>29</sup>

Uno de los aspectos más llamativos del proyecto de Ricardo DOLZ radica, como ya se había dicho, en la inclusión de un Consejo de Estado, encabezado por el vicepresidente de la República, quien en virtud del presente proyecto ya no presidía el Senado. Las atribuciones de este Consejo de Estado consistían a grandes rasgos en asesorar al presidente de la República en el ejercicio de sus atribuciones, así como en asuntos relativos a las relaciones entre los diferentes Poderes del Estado, incluyendo los conflictos que se podían suscitar entre estos. El Consejo de Estado también tenía que emitir un informe en caso de que el presidente de la República decidiera disolver el Congreso, informe sin el cual el mandatario no podría proceder.<sup>30</sup> Pero las prerrogativas de dicho órgano no se limitaban a las de orden político, sino que este también fungía como Tribunal de Cuentas, fiscalizando la actividad financiera.<sup>31</sup>

Después de analizar estos dos proyectos, amén de las diferencias que puedan existir entre ellos, no se puede negar que, conscientemente o no, ambos tendían a robustecer al Poder Ejecutivo, en la figura del presidente de la República. El primer argumento a esgrimir puede recaer sobre el hecho de que en ambos se extendía considerablemente la duración de los mandatos presidenciales, dándole al presidente la posibilidad de reelegirse pasados uno o dos mandatos, según el caso. Otra razón para sustentar nuestra postura tiene que ver con la intromisión —a todas luces irracional— del presidente en asuntos puramente locales como lo son la elección o revocación de gobernadores y alcaldes. Por último, tampoco parecía existir un equilibrio entre la facultad que se le otorgaba al presidente, en el proyecto de DOLZ, de disolver un Congreso que quedaba atado de manos, al no tener mecanismos de control característicos del sistema parlamentario, como el voto de confianza o la moción de censura. Contra el presidente,

<sup>29</sup> Orestes FERRARA: «La Reforma Constitucional en Cuba», en *La Reforma Social*, vol. X, no. 2, febrero, 1918, Casa Editorial La Reforma, New York City, p. 55.

<sup>30</sup> Ver lo consignado en el artículo 11 sobre las atribuciones del presidente.

<sup>31</sup> Todas las funciones del Consejo de Estado quedaron reguladas en el Título X, que se agregaba especialmente para la inserción de este órgano en el articulado de nuestra Constitución. Ver artículo 13 del proyecto.

que además no era responsable por los actos del Gobierno, solo contaba el indefenso Congreso con el impeachment, regulado en el primer apartado del artículo 47 de la Constitución.

Enrique HERNÁNDEZ CORUJO, en relación con lo anterior, afirma que el proyecto de DOLZ no propiciaba en sistema parlamentarista en la plenitud del concepto, debido a la ausencia de algunas condiciones necesarias para la configuración de esta forma de gobierno.<sup>32</sup>

No deja de ser cierto que a la luz del proyecto de DOLZ, el presidente de la República además de no tener prácticamente ningún tipo de sujeción constitucional al Legislativo,<sup>33</sup> no representaba en modo alguno un Poder neutro o moderador, siendo el único titular del Poder Ejecutivo,<sup>34</sup> pues el presidente del Consejo de Secretarios no ostentaba la jefatura del Gobierno, y a pesar de que los secretarios se agrupaban en un Consejo —al estilo de un Gabinete— consideramos que quedaba muy cuestionada su posible autonomía funcional. Pero también se dan características propias como la compatibilidad de los cargos de secretarios y congresistas y la responsabilidad de los primeros por los actos del Gobierno en defecto del presidente. Además, hay un elemento presente, medular para definir al modelo en cuestión, que es la potestad, en manos del jefe de Estado, de disolver el Legislativo. De ahí que si realizamos un balance adecuado entre los elementos con que contamos, podríamos llegar a la conclusión de que tal vez no estamos ante la expresión más pura del parlamentarismo, pero sí ante una de sus variantes.

De todas maneras, nos parece más que interesante ver el criterio de Orestes FERRARA:

En primer término, al crear un Consejo de Secretarios, al darle a este Consejo un presidente permanente, al facultarlo a concurrir a las Cámaras, no se crea el Parlamentarismo. Es cierto que la casi totalidad de las constituciones de régimen parlamentario tienen

<sup>32</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., pp. 68-70.

<sup>33</sup> De acuerdo con BURGESS, en la forma parlamentaria generalmente el Estado le confiere al Poder Legislativo una intervención completa en la Administración, siendo la detentación del Poder Ejecutivo real dependiente en todo momento del Legislativo. John Williams BURGESS: *Ciencia Política y Derecho Constitucional Comparado*, t.II, La España Moderna, Madrid, [s.a], p.20.

<sup>34</sup> No está demás recordar que uno de los rasgos generales del parlamentarismo es la separación entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. Al respecto pueden verse en Cuba los criterios de los profesores: Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO: *Teoría del Derecho*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1979, p.216; y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Teoría del Estado*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p.89; y más reciente, Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL: *Las formas de gobierno en el mundo*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla (México), 2008, p.31.

solamente los preceptos que le Sr. DOLZ consigna en su Proyecto, pero es que en ellas la tradición puede más que la ley escrita, [...] Ahora en Cuba la tradición y más que la tradición las malas costumbres de asumir la mayor suma de poder, actúan en un sentido muy distinto a aquel en que se mueven las naciones europeas.<sup>35</sup>

Al iniciarse el período de Alfredo ZAYAS, en su mensaje del 21 de mayo de 1921, recomendaba al Congreso la realización de ciertas reformas a la Constitución, en las cuales el recién electo presidente aconsejaba que se trataran aspectos como la obligatoria asistencia de los secretarios de Despacho ante las Cámaras Colegisladoras, la eliminación del quórum requerido para que las Cámaras iniciaran sus sesiones, y el establecimiento del sufragio directo para elegir al presidente y vicepresidente.<sup>36</sup>

Enseguida el Senado creó una Comisión para que redactara un nuevo proyecto de reforma. La Comisión tomó como referencia el proyecto de DOLZ que había sido presentado cuatro años atrás, pero se apartó de este en sus aspectos esenciales, tales como la disolución del Congreso por el Ejecutivo y el derecho de los secretarios de asistir a las Cámaras. También se obvió la creación del Consejo de Estado y el cargo de presidente del Consejo de Secretario, junto con la potestad del presidente de nombrar a los gobernadores. Con estas omisiones se desechaban por completo las pautas parlamentarias defendidas por DOLZ. No obstante, sí se rescataron otras cláusulas como las referentes a la compatibilidad entre los cargos de congresistas y secretarios, la iniciativa legislativa por parte del presidente, así como su elección directa —aunque se reducía a seis años su mandato— y prohibición de reelección inmediata.<sup>37</sup>

Además de permitir el voto femenino, en este proyecto se introdujeron tres grandes innovaciones. Una de ellas era en materia municipal y consistía en la creación de un Distrito Nacional para la capital de la República. La otra innovación, de orden procesal, había sido discutida durante la primera intervención militar yanqui, que era la implantación del juicio por jurados en materia criminal. La tercera innovación era indiscutiblemente la más progresista de todas, pues planteaba la modificación del artículo 115 de la Constitución de manera que, cualquier reforma constitucional

<sup>35</sup> Orestes FERRARA: Ob.cit., p. 62.

<sup>36</sup> Hortensia PICHARDO: *Documentos para la Historia de Cuba*, t. III, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p.103.

<sup>37</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., p. 76.

aprobada por el Congreso, sería ratificada no por una Asamblea Constituyente, sino que sería sometida a referéndum.<sup>38</sup>

Este último proyecto del que hablamos tuvo varios tropiezos en el Senado. En 1922 se volvió a trabajar sobre el mismo, realizándole varias enmiendas, pero las constantes discusiones y criterios encontrados hicieron que al final tampoco prosperara.

Además de las contradicciones en el seno del cuerpo senatorial, influyó enormemente un mensaje enviado por ZAYAS, quien dando muestras de la sumisión expresa del gobierno a Washington, y de mostrar más interés a la voluntad yanqui que al beneficio del pueblo, informaba que E. H. CROWDER, embajador de los Estados Unidos en Cuba, le hacía saber que su gobierno no veía con buenos ojos la reforma constitucional, pues aumentar el período de los congresistas atacaba «muy esencialmente al principio de gobierno representativo republicano».<sup>39</sup>

Con Gerardo MACHADO en el poder, el 10 de febrero de 1926, el Representante Aquilino LOMBARD, junto con otros Representantes, presentó en la Cámara una moción solicitando a este Cuerpo que eligiera de su seno a siete integrantes para que conformaran una Comisión Especial que contaría con un plazo de diez días para redactar y presentar un proyecto de ley que modificara determinados preceptos constitucionales señalados en la moción, además de los que la Comisión estimara que debían ser revisados. En el transcurso de la misma sesión se propuso aumentar a trece el número de miembros de la Comisión de la Cámara, e invitar al Senado a constituir otra Comisión de igual número de integrantes, para así proceder entre ambas Comisiones, a la redacción y presentación de un proyecto de reforma de la Constitución.<sup>40</sup>

En la moción de LOMBARD se proponía que la elección de los Representantes fuera de uno por cada treinta mil habitantes y no por cada veinticinco mil como se consignaba en el artículo 48 de la Constitución. También se proponía incorporar constitucionalmente a la Isla de Pinos dentro del territorio nacional, lo que era posible ahora que el Senado estadounidense había ratificado en el Tratado HAY-QUESADA el año anterior. También establecía como requisito para ocupar un escaño en la Cámara de Representantes ser nacido en Cuba, exceptuando a los naturalizados que habían residido en el país por ocho años y a los extranjeros que habían peleado en

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p.77.

<sup>39</sup> Manuel MÁRQUEZ STERLING: *Las Conferencias del Shorehan. El Cesarismo en Cuba*, Ediciones Botas, México, 1933, p.40.

<sup>40</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Ob. cit.*, pp. 83-84.

nuestras luchas por la independencia.<sup>41</sup> Este proyecto jamás llegó a concretarse.

Después de analizar todos los proyectos que hicieron eco en el Congreso durante el primer cuarto de siglo, resalta el hecho de que todo intento reformador se ceñía irrestrictamente a la alteración de nuestro diseño gubernativo, incluso recurriendo a los mismos esquemas, como la responsabilidad de los Secretarios, la concurrencia de estos a las Cámaras, pero casi todos —salvo el proyecto de DOLZ— sin evadir el diagrama presidencialista. En un momento donde las concepciones respecto a los derechos constitucionales estaban cambiando en el mundo, las proyecciones reformistas en Cuba seguían aferradas a los derechos individuales, pudiéndose considerarse como avance en esta materia únicamente la solicitud de la inclusión del voto femenino. De todos modos, ninguno de estos proyectos prosperó y todos naufragaron en su travesía.

### La reforma constitucional de 1928

El año 1927 fue el tiempo preciso para que se cristalizara una modificación de nuestra Ley Fundamental, estando dadas todas las condiciones para llegar a un cierto consenso imposible de alcanzar en los años precedentes. Esto se debía en buena medida a la política desarrollada por Machado desde los primeros años de su mandato, que se conoció como el cooperativismo político o cooperativismo partidista.

El cooperativismo consistió en aunar a los «hombres fuertes» de los partidos tradicionales (Liberal, Conservador y Popular) en torno a la figura del Jefe de Estado, creándose así un frente único oligárquico para hacer frente a la crisis económica que nos afectaba, mediante la adopción de un programa de soluciones común a partir de esta unidad.<sup>42</sup> El cooperativismo resultó ser un arma eficaz en manos de Machado, pues esta coalición de partidos eliminaba las pugnas por el poder entre estos, concediéndoles una participación mancomunada en el gobierno,<sup>43</sup> lo cual no solo pretendía traer al

<sup>41</sup>Ibidem, p.85.

<sup>42</sup> Francisca LÓPEZ CIVEIRA: *La Crisis de los Partidos Políticos Burgueses en Cuba: 1925-1958*, Facultad de Filosofía e Historia, Universidad de La Habana, La Habana, 1990, p.22.

<sup>43</sup> José A. TABARES DEL REAL: *Apuntes para la Historia del Neocolonialismo en Cuba*, Equipo de Investigaciones sobre el Desarrollo, DES, La Habana, 1988, p.99. Ver el análisis que realiza Ramón INFESTA, para el cual el cooperativismo constituyó una adulteración del régimen democrático de partidos, que desembocó en el continuismo (Ramón INFESTA: *Derecho Constitucional*, La Habana, 1950, pp.76-77); algo similar

país mayor estabilidad política, sino embestir toda expresión de oposición legal.

El escenario político representaba el cauce idóneo para poder efectuar la revisión de nuestra Ley de Leyes, malograda por décadas. Fue así como se reanudaba la carrera reformista, esta vez en el nombre de Giordano Hernández. El Representante de la Cámara, acompañado de 82 de sus colegas, presentó el 28 de marzo de 1927 un proyecto de enmienda constitucional en el que se rescataban ideas sobre reformas anteriormente puestas sobre la mesa, pudiendo citarse el sufragio femenino, aumentar a seis el número de senadores, la iniciativa legislativa presidencial, la creación de un Consejo de Estado, la extensión de los períodos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo y la prohibición de reelección presidencial. Sin embargo, lo novedoso del proyecto de Giordano Hernández no se contemplaba en las propuestas antes mencionadas, en su mayoría recogidas de una forma u otra en casi todas las proposiciones analizadas, sino en algunas fórmulas que se implementarían en la reforma definitiva de 1928, tales como la supresión de la figura del vicepresidente de la República para instituir entonces al Secretario de Estado en el primer llamado a la sucesión presidencial. También retomaba la idea de los senadores por derecho propio, lo que esta vez individualizada en la figura del presidente saliente.<sup>44</sup> Del mismo modo se pretendía otorgar una mayor independencia al Poder Judicial permitiéndole al Tribunal Supremo nombrar, separar y trasladar a los funcionarios de la Administración de Justicia, con excepción de lo dispuesto en el artículo 68 de la Constitución.<sup>45</sup>

Después de arduos debates el proyecto fue aprobado por la Cámara y trasladado al Senado, el cual nombró una Comisión Especial destinada a estudiarlo, y que iría poco a poco torneando el texto que al final llegaría a la Constituyente. Después de practicársele algunas enmiendas, como la eliminación del Consejo de Estado y la adición del voto femenino, por ejemplo, retornó a la Cámara de

a lo expuesto por Álvarez TABÍO en Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Evolución Constitucional de Cuba (1928-1940)*, Talleres Gráficos O'Reilly 259, La Habana, 1953, p.10. Ver también lo que dice al respecto MARTÍNEZ HEREDIA en Fernando MARTÍNEZ HEREDIA: *Andando en la Historia*, RUTH Casa Editorial, La Habana, 2009, p. 161.

<sup>44</sup> Emeterio SANTOVENIA: «Reforma y Revolución», en Ramiro GUERRA y otros: *Historia de la Nación Cubana*, t. VIII, Editorial Historia de la Nación Cubana, La Habana, 1952, pp. 66-67.

<sup>45</sup> Según el apartado 9 de la Constitución correspondía al Presidente de la República nombrar, con la aprobación del Senado, al Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Ver la Constitución de 1901, Hortensia Pichardo: *Documentos para la Historia de Cuba*, t. I, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, pp.75-101.



Representantes. En dicha sesión, no exenta de polémica, finalmente se aprobaron las modificaciones hechas por el Senado.<sup>46</sup>

De acuerdo con lo preceptuado en la cláusula de reforma de la Constitución, se convocaron a elecciones para integrar la Asamblea Constituyente que debía rechazar o promulgar el proyecto aprobado por el Congreso.

Como un mal presagio de lo que acontecería durante y después de las labores de la Constituyente, el Código Electoral había sido adulterado de manera tal que impedía la elección de Delegados que no fueran de la membrecía de los partidos cooperativistas.<sup>47</sup> En consecuencia, a la organización creada por Carlos MENDIETA, denominada Asociación Unión Nacionalista, le fue desestimada la solicitud de constituirse legalmente como partido político, por la Junta Central Electoral.<sup>48</sup>

En el marco de los debates iniciales de la Convención, un punto de inflexión entre sus delegados fue el tema del alcance de las atribuciones de la misma. La cláusula de reforma de nuestra Ley de Leyes era diáfana al determinar que la Constituyente se limitaría a aprobar o rechazar las reformas. Ahora, el precepto podía dar márgenes a la duda, debido a que no aclaraba si la aprobación o rechazo se refería a la totalidad de la reforma o solo a una parte de esta. No obstante, consideramos que esta laguna, amén que podía ser causa de lecturas ambiguas, no tenía por qué dar lugar a la interpretación en extremo flexible que le dio la Constituyente al artículo que regulaba sus prerrogativas y que se vio reflejada en el resultado final de su obra. Esto además se convertiría en un lastre que se arrastraría por los siguientes años y que sería causante de grandes dificultades públicas.<sup>49</sup>

Las reformas que en definitiva fueron promulgadas por la Asamblea Constituyente comenzaron a regir a partir del 11 de mayo

<sup>46</sup> Emeterio SANTOVENIA: Ob.cit., p. 68.

<sup>47</sup> *Ibidem.*, p. 69.

<sup>48</sup> Francisca LÓPEZ CIVEIRA: *Cuba entre la Revolución y la Reforma. 1925-1935*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009, p.110.

<sup>49</sup> Sobre este tema Arturo MAÑAS sentenciaba: «[...] La Convención, legalmente no puede acordar válidamente una reforma constitucional fuera del proyecto sometido a su valoración, pues no sería legal y los ciudadanos no estarían obligados a su acatamiento. [...] Todo acto de la Convención que rebase los límites del artículo 115 serían ilegales y viciados de nulidad». Arturo MAÑAS: *La Convención Constituyente del Artículo 115 de la Constitución Cubana*, Cultural, S.A, La Habana, 1928, pp. 44-45. A la falta de soberanía de la Asamblea constituyente también hizo referencia ÁLVAREZ TABÍO en *Evolución Constitucional de Cuba. (1928-1940)*, Talleres Gráficos O'Reilly 259, La Habana, 1953, pp. 10-11.

de 1928.<sup>50</sup> En ellas se incluía, constitucionalmente, en el artículo 2 a la Isla de Pinos como parte del territorio nacional. Los miembros activos de las fuerzas armadas o de policía quedaban privados de ejercer su derecho al voto. Esto obedecía a una tendencia seguida por muchos, con la cual se buscaba separar a las fuerzas militares de la vida política del Estado y evitar algún tipo de filiación de estas con cualquier grupo político, aduciendo que el único deber de estas lo constituía la defensa de la Patria y que hasta las más ligeras inmisiones en el vivir político —como lo puede ser el acto de votar— pudieran desvirtuar tan sagrada obligación.<sup>51</sup> Por fin se suprimía el vocablo «varones» del artículo 38 de la Constitución, dando la posibilidad de que las mujeres cubanas, tras duros años de reivindicaciones y constante batallar, tuviesen derecho a votar, aunque la concreción de este derecho quedaba aplazada a su ulterior desarrollo legislativo. También se regulaba el manido tema de las minorías parlamentarias, que al igual que el sufragio femenino necesitaba ser regulado por las leyes.

El artículo 40, que hablaba sobre la suspensión de derechos y garantías, sufría una ligera alteración. El precepto mencionado hacía alusión al derecho de petición de los ciudadanos como uno de los que podía ser coartado en situaciones de excepcionalidad, mas su lugar fue ocupado por el derecho de libre asociación, recogido en el artículo 28, lo que a simple vista parecía mucho más lógico.

Como ya se avizoraba, el artículo 45 fue modificado de forma tal que se aumentara el número de senadores a seis por provincia y que se extendiera el tiempo de duración de su ejercicio, aunque solo se le adicionó un año respecto a su regulación original en nuestro texto constitucional. Paradójicamente, contrario a lo estipulado en la gran mayoría de las propuestas que venían presentándose por años, se mantuvo la elección de los senadores a través de Compromisarios, cuya elección seguía rigiéndose por las rancias concepciones fisiócratas de «mayores contribuyentes» y «no mayores contribuyentes».<sup>52</sup>

<sup>50</sup> «Reforma de la Constitución aprobada por el Congreso y aceptada por los Delegados del pueblo de Cuba en convención constituyente», publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria, no. 6, de 11 de mayo de 1928.

<sup>51</sup> Maurice HAURIUO es de los defensores de este criterio, quien sostiene que el ejército debe tener una organización separada a la del Gobierno, una jerarquía distinta a la civil y debe contar con cuadros que no sean los mismos de la Administración civil. Maurice HAURIUO: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción de C.R. del Castillo, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1927, p.174.

<sup>52</sup> Artículo 45: «El Senado se compondrá de Seis senadores por Provincia, elegidos, en cada una, para un período de nueve años por sufragio de segundo grado por

En el proyecto elaborado por el Congreso, el presidente saliente de la República sería senador por derecho propio durante los seis años subsiguientes a la terminación de su mandato, aunque no quedaba bajo el amparo de la inmunidad parlamentaria por razón de actos cometidos a lo largo de su gestión presidencial.

También los Representantes de la Cámara fueron beneficiados por la extensión de períodos, alcanzando los seis años de ejercicio. Ahora el Cuerpo se renovarían por mitades cada trienio y mantendría la base de un miembro por cada veinticinco mil habitantes. Esta base ascendía a un Representante por cada cincuenta mil habitantes cuando el número de miembros arribara la cifra de ciento veintiocho.

La regulación final del cargo de presidente de la República en nada variaba respecto a las distintas propuestas analizadas en este capítulo. En la mayoría de los proyectos presentados se le daba iniciativa legislativa al titular del Ejecutivo. En todas se extendía su mandato, siendo precisamente seis años la cantidad más recurrida. Sobre la reelección, en ninguna de las fórmulas valoradas se prohibía de manera absoluta, sino que todas se limitaban a restringir el ejercicio de la presidencia durante períodos consecutivos.

No puede olvidarse cuanto influyó en nuestros Asambleístas de 1901 el modelo constitucional estadounidense. El magno texto norteamericano no se pronunciaba sobre la continuidad del cargo presidencial. Establecía que los períodos eran de cuatro años, pero omitía toda referencia a la posibilidad de reelegirse o no, siendo técnicamente permisible la reelección sucesiva y sin límites de un presidente. Su primer gobernante, George WASHINGTON, después de haber ocupado la silla curul por dos períodos consecutivos, decidió no presentarse a los comicios electorales y retirarse de la vida pública, siendo imitado por sus sucesores hasta que en el siglo XX Franklin D. ROOSEVELT fue electo presidente por cuatro períodos consecutivos, obligando a los norteamericanos, después de la muerte de este, a enmendar la Constitución de modo tal que un presidente solo podría ejercer tal función por dos mandatos y no más que eso.

En 1901, los Delegados de la Constituyente, decidieron —muy sabiamente— darle rango constitucional a lo que había sido una práctica política norteamericana por más de un siglo, consignando en el artículo 66 que el cargo duraría cuatro años y que nadie podría ejercerlo por tres períodos consecutivos, pero esta fórmula dejaba

Compromisarios que serán de por mitad mayores y no mayores contribuyentes, debiendo ser además mayores de edad y vecinos de términos municipales de la Provincia o del Distrito Central [...]».

la puerta abierta para que un presidente pudiera ser reelecto de modo indefinido solo afectándose la periodicidad de la reelección (como se explicaba al analizar el proyecto de DOLZ). Mas, la solución que dieron los Delegados de 1928 al problema de la reelección no fue la de prohibirla de forma definitiva. En consecuencia, a la luz del artículo 66, el presidente no podría desempeñar sus funciones en dos períodos consecutivos. ¿Algo lo constreñía para que no se presentase a elecciones después de transcurrido ese período intermedio? Por supuesto que no.

Algo incomprensible dentro de la reforma constitucional fue la supresión del vicepresidente de la República, si nos detenemos a pensar que estamos hablando de un régimen presidencialista. En caso de vacante el primer sustituto sería el Secretario de Estado. Se dejaba a la Ley el establecimiento de la línea de sucesión presidencial entre el resto de los secretarios de Despacho por si el secretario de Estado no podía asumir semejante responsabilidad. A falta de secretarios de Despacho, sería llamado el presidente del Tribunal Supremo de Justicia o quien desempeñara tal cargo en ese preciso instante, y en defecto de estos dos asumiría el Magistrado de mayor edad de dicho Tribunal. Todas estas sustituciones tenían un carácter interino y en caso de que la ausencia del presidente fuera definitiva, había que convocar a elecciones presidenciales, estándole prohibido presentarse a aquel que hubiese cubierto la vacante durante el interinato.<sup>53</sup>

En materia local, se disponía la creación de un Distrito Central comprendido en la provincia de La Habana. A este Distrito se podían anexar hasta tres municipios, previa extinción de estos. Esto no impediría que las provincias a las cuales pertenecían los municipios extintos continuaran percibiendo la cuota de contribución que les correspondía con acuerdo a la Ley.<sup>54</sup>

En la reforma se mantendría la rígida cláusula del artículo 115, al que se le adicionaba un procedimiento extra cualificado para cuando la reforma tuviese por objeto la prórroga de Poderes o la reelección presidencial. En aquellos casos se necesitaba contar con el voto unánime de ambos Cuerpos Colegisladores y posteriormente el de las tres cuartas partes de la Convención Constituyente. La reforma tenía igualmente que ser sometida a un plebiscito al que acudiesen todos los electores de la República, siendo requerida la

<sup>53</sup> Ver artículos 73 y 74.

<sup>54</sup> La Ley a tenor de la cual se organizaría finalmente el Distrito Central se publicaría en publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, no. 42, de 20 de febrero de 1931.

ratificación de las tres cuartas partes de estos. Por su parte, en las Disposiciones Transitorias se prorrogaban las gestiones de casi todos los cargos públicos.

Para poner varios ejemplos de las extralimitaciones referentes a sus atribuciones en que incurrió la Asamblea Constituyente,<sup>55</sup> fue suprimido el apartado 13 del artículo 59 de la Constitución, que daba al Senado la facultad de nombrar a un nuevo presidente mediante una Ley especial, en ocasión de destitución, incapacitación, muerte o renuncia tanto del presidente como del vicepresidente y que se contemplaba en el proyecto votado en el Congreso de la misma manera.

Otra supresión de gran magnitud recayó sobre un quinto apartado que se sumaba al artículo 83 de la Constitución. Al amparo de este, el Tribunal Supremo quedaba plenamente facultado para nombrar, trasladar y remover a los funcionarios del sector judicial, exceptuándose, claro está, al presidente y demás magistrados del alto foro, lo cual estaba reservado al presidente de la República en el artículo 68. Evidente que, para un gobierno arbitrario y un Congreso dócil a los intereses de este, no era recomendable concederle más independencia al órgano que tenía en sus manos velar por el control de la constitucionalidad, aunque se pudiera subyugar con otros métodos.

En otro orden, quizás de menor relevancia desde el punto de vista político en comparación con los dos casos anteriormente analizados, desaparecieron del proyecto los párrafos que se pretendían añadir al artículo 91, donde se disponía la creación de los Distritos Provinciales. Estos Distritos Provinciales podrían ser creados por el Congreso en las capitales de aquellas provincias cuya población fuera superior a trescientos mil habitantes, de acuerdo con el censo decenal. Otro requisito previo era que la Ley por la que se crearan estos distritos tenía que obtener el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de cada Cuerpo Colegislador.

Pero de todas las adulteraciones efectuadas por la Asamblea Constituyente, ningunas serían tan controversiales como las que afectaban a las Disposiciones Transitorias, pues estas propiciarían la asistencia de Machado a las elecciones de 1928, lo que dejaría al pueblo más de un sinsabor.

En la Disposición Transitoria Primera del proyecto se fijaban elecciones para el año 1930, elecciones a las cuales no podía acudir

<sup>55</sup> Ver el Proyecto aprobado por el Congreso en Andrés María LAZCANO Y MAZÓN: *Las Constituciones de Cuba*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, nota 1, pp. 586 y ss.

el presidente de la República, quien además debía cesar en su cargo en 1931 a tenor de la Disposición Transitoria Tercera. En la reforma definitiva las elecciones presidenciales quedaron fijadas para el mismo 1928, teniendo el presidente electo que empezar su mandato al año siguiente. El acabado final de esta Disposición saltaba a la vista como positivo, pues no se extendía el período presidencial sino que cesaba en la fecha pertinente, justamente como se hallaba establecido antes de la reforma constitucional. Entonces, ¿dónde se hallaban los artilugios de la Asamblea? Simplemente en la supresión del inciso a de la Disposición Transitoria Tercera, que era el que prohibía al actual presidente a presentarse en los comicios del próximo año.

De acuerdo a la explicación de Ramón INFIESTA, «la Convención Constituyente entendió que habiendo sido el presidente Machado electo en 1924 bajo la vigencia de la Constitución de 1901, que le permitía aspirar a la reelección cuatro años más tarde, había adquirido un derecho que la reforma constitucional no debía negarle a posteriori»,<sup>56</sup> pero lo cierto es que así se le abrían las posibilidades al jefe de Estado para acudir a las elecciones de ese año, pero esta vez como candidato único, bendecido por los partidos cooperativistas.

En palabras del presidente durante su acto de toma de posesión en 1929, la extensión del período de gestión de los cargos públicos y la prohibición de su reelección tributaba a evitar las acostumbradas agitaciones políticas y electorales que había traído como consecuencia la constante renovación del «alto personal del Estado» por causa de los plazos cortos con los que este contaba para el ejercicio de sus funciones, lo que dificultaba a la vez que la acción legislativa y gubernativa se concentraran de lleno «en servicio de los intereses generales de la nación».<sup>57</sup>

En relación con la prohibición del reordenamiento de partidos políticos, alegaba que había sido una decisión del «Honorable Congreso» en pos de impedir las luchas electorales comunes entre estos, luchas que podrían haber repercutido sobre las discusiones de la reforma, desnaturalizándolas con miras a obtener ventajas personales, cuando lo que se trataba era de imprimir a las reformas «un espíritu verdaderamente nacional, ajeno a toda estrecha ambición de partidos».<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Ramón INFIESTA: *Derecho Constitucional*, Imprenta P. Fernández y Cía., S. en C., La Habana, 1950, pp.44-45.

<sup>57</sup> Manifiesto al país del presidente de la República, general Gerardo Machado y Morales, al iniciar el período presidencial de 1929 a 1935, La Habana, 1929, p.4.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p.7.

A la hora de justificar su presentación a los comicios agregaba: Mientras la opinión se dividía en multitud de tendencias, en torno a figuras prestigiosísimas de todos los partidos, empecé a recibir indicaciones de que solo mi nombre podría servir, en el momento, para que se uniesen las voluntades discordes y contradictorias, se suprimiese la lucha de partido durante el período constituyente ya abierto, y se estableciese un gobierno nacional, extraño a todo espíritu de sectarismo político. Además de que [...] había de quedar también encargado de brindar, en la fecha oportuna, absolutas garantías de imparcialidad para la reorganización de nuestras colectividades políticas después de implantadas las reformas.<sup>59</sup>

La presentación de recursos interesando la inconstitucionalidad de las reformas no se hizo esperar. En su gran mayoría estos recursos se amparaban en la inobservancia del artículo 115 de la Constitución por parte de la Asamblea Constituyente, mas no hubo un solo recurso que prosperara en sus propósitos, ya que todos eran desestimados por el Tribunal Supremo.<sup>60</sup> Amén de las razones de índole puramente políticas que se presume podían inhibir a nuestro mayor órgano jurisdiccional a pronunciarse al respecto, nuestra misma Carta Constitucional ofrecía un margen muy estrecho para brindar soluciones al problema.

Juan GUTIÉRREZ QUIRÓS, quien fuera presidente del Tribunal Supremo por aquellos años, reconocía la existencia de abuso de facultades por parte de la Constituyente, y estaba consciente que esta se había ido más allá de los marcos permitidos en la cláusula de reforma. No obstante, aunque el alto foro hubiese declarado inconstitucional las reformas no hubiese sido posible anularlas.<sup>61</sup> Esto se debía a que en nuestro sistema de defensa constitucional —muy parecido al de Estados Unidos, con la diferencia de que el nuestro era concentrado y aquel era difuso—,<sup>62</sup> la declaración de inconstitucionalidad de una norma no implicaba la nulidad de esta,

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.10.

<sup>60</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Ob. cit.*, p.112. Pueden verse siete sentencias del Tribunal Supremo rechazando recursos de inconstitucionalidad contra la reforma de 1928 en Juan GUTIÉRREZ QUIRÓS: *La Reforma Constitucional y el Tribunal Supremo*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1934, pp.139-184.

<sup>61</sup> Juan GUTIÉRREZ QUIRÓS: *La Reforma Constitucional y el Tribunal Supremo*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1934, p. 52.

<sup>62</sup> Juan Clemente ZAMORA: «La Defensa de la Constitución en la Legislación Cubana», en *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. I, vol. II, octubre diciembre, 1946, p. 118.

sino que se limitaba a invalidar el resultado de su aplicación por un caso concreto, porque además, al amparo de nuestra legislación, para que procediera la cuestión de una norma jurídica en vía judicial, era presupuesto que se ventilara en el marco de una controversia, donde se pretendiera restaurar un derecho lacerado que representara un interés personal del reclamante.<sup>63</sup>

La única situación que nuestra Ley Suprema albergaba como causal de nulidad de una norma jurídica se contemplaban en su artículo 37, o sea, era necesario que la Ley que regulase el ejercicio de los derechos consagrados en el texto restringiera o adulterara el ejercicio de los mismos.

No era descabellada la cuestión técnico-jurídica que alegaba anteriormente el Magistrado como justificación a que el Tribunal Supremo no hubiera tomado cartas sobre el asunto. Pero la verdad era, en sus propias palabras, que:

El efecto político, el que buscaba el recurrente, el único que seguramente le interesaba, era la declaración de inconstitucionalidad de esa Ley, sencillamente porque aquellas reformas de la Constitución eran inconstitucionales. Y esta era precisamente la declaración que el Tribunal no podía hacer.<sup>64</sup>

Las razones expuestas por GUTIÉRREZ QUIRÓS pudieran parecer bien fundadas, pero, tal como pensaba Mario GARCÍA KOHLY, el Tribunal Supremo no podía simplemente rehuir al conocimiento y resolución de un problema vital para los destinos de la Patria, por la mera observancia de escrupulosos formalismos procesales, obstruyendo el camino «[...] a la efectiva y verdadera legalidad, la ruta única y adecuada para la resolución jurídica y pacífica del problema planteado [...]».<sup>65</sup>

Después de analizada la reforma constitucional, podemos llegar a la conclusión de que, si bien tuvo su génesis indiscutible en el

<sup>63</sup> Andry MATILLA CORREA: «El control jurisdiccional de constitucionalidad en Cuba (1901-1959): recuento histórico de sus líneas generales», en Andry MATILLA CORREA (Coordinador): *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al Dr. C. Julio Fernández Bulté*, Universidad de La Habana, Leonard Muntaner, Editor, Palma de Mallorca, 2009, p. 102. Ver también sobre este tema Juan Federico EDELMAN: «Una Opinión sobre el Objeto y Alcance del Recurso de Inconstitucionalidad», en Andry MATILLA CORREA (Compilador): *Estudios Cubanos sobre Control de Constitucionalidad. (1901-2008)*, Editorial Porrúa, México, 2009, pp.83 y ss.

<sup>64</sup> Juan GUTIÉRREZ QUIRÓS: Ob.cit., p.53-54.

<sup>65</sup> Mario GARCÍA KOHLY: *El Problema Constitucional en Cuba y nuestra América*, Imprimerie Labor, París, 1931, pp.104-105.



movimiento reformista impulsado a principios de siglo, recogiendo parte de sus ideas medulares, tampoco puede concebirse como una obra cristalizadora de sus principales lineamientos. Después de años de intenso bregar por transformar nuestro régimen constitucional, recurriendo a búsquedas más certeras, otras menos felices, pero casi todas con miras a moldear un entorno jurídico que no se correspondía ni con nuestra realidad presente ni con nuestra realidad deseada, toda la cosecha jurídica se limitó a aquellas propuestas que más se apartaban del espíritu reformador de aquellos años. Y así quedamos encerrados dentro del molde presidencial, ahora con un Ejecutivo arreciado, y sobre el sufragio directo y la prohibición absoluta de reelección: nada. Sobre la modernización de nuestro aparataje institucional y la constitución de un gobierno erigido, como dijera el Apóstol, sobre la base del pleno equilibrio de todos los elementos de la nación: nada. Mucho tuvo que ver aquella Asamblea, que no fue ni remotamente aquella «directa representación del pueblo» de la que hablara Vicente TEJERA,<sup>66</sup> y que coadyuvó a la realización de los designios del dictador Gerardo Machado.

### **Consecuencias de la reforma constitucional de 1928**

En Cuba, desde mucho antes que asumiera Machado la jefatura del Estado, se puede hablar de la existencia de una crisis interna, al menos desde el intento de reelección de Estrada Palma y la consecuente intervención. A la crisis política reinante se le vendría a unir la crisis económica que nos azotaba desde la depresión de 1920 a 1922, cuyos efectos en el país se harían más prolongados y significativos,<sup>67</sup> y que al engarzarse con el crack de 1929-1933 sumirían a Cuba en un estado financiero deplorable.<sup>68</sup> La reforma constitucional y la reelección de Machado no hicieron más que agudizar la crisis ya latente y poner al régimen al borde del precipicio.

<sup>66</sup> Diego Vicente TEJERA: *Reformas Constitucionales en los Países de América*, Imprenta A. Estrada, 1928, p.26.

<sup>67</sup> Julio LE RIVEREND: *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p. 241.

<sup>68</sup> Para un estudio más detallado de la situación económica del país durante los años comprendidos en la etapa analizada, puede consultarse Julio LE RIVEREND: *Historia Económica de Cuba*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1974, p. 615 y ss.; y E. H. FRIEDLANDER: *Historia Económica de Cuba*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1944, p. 471 y ss.

Después de la reelección de Machado, este inició un recrudecimiento de sus métodos de represión a las distintas posturas opositoristas, haciendo imposible cualquier oposición legal. El descontento era tan generalizado, que se crearon las condiciones para que se desencadenara todo un movimiento revolucionario con la más heterogénea composición de sus fuerzas motrices.<sup>69</sup>

El año 1931 fue verdaderamente inquietante. La ola de protestas se hacía más grande, los grupos opositores ganaban terreno. Ese mismo año fue testigo de algunos destellos insurreccionales materializados en intentos de alzamientos armados, que a pesar de la teatralidad de algunos de ellos, pusieron en alerta al país.<sup>70</sup> La reforma constitucional aparecía nuevamente como una alternativa para contener la situación revolucionaria, cada día más crecida, y que se hacía insostenible para el régimen.<sup>71</sup>

Fuera del marco del Congreso aparecieron en diferentes medios algunas iniciativas como la de Mario García Kohly, el cual trazó unas «Bases de una Estructura Democrática del Estado Cubano»,<sup>72</sup> que se apartaban un poco de los proyectos analizados en acápites anteriores. En estas Bases el Poder Ejecutivo recaía sobre un presidente de la República y un Consejo Supremo de Administración Nacional, que ejercía las facultades originalmente atribuidas al presidente, excepto las que tenían que ver con Gobernación, Agricultura, Sanidad, Instrucción Pública, Comercio. El presidente de la República conservaba la facultad de nombrar a los secretarios de Despacho y la de representar oficialmente al Estado.<sup>73</sup> Tanto el presidente como los consejeros eran electos por sufragio directo<sup>74</sup> y tenían potestad reglamentaria. Al Tribunal Supremo se le otorgaba, en la Base I la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, además de que se incluía en la Base J la acción pública presentada por cincuenta ciudadanos. Otra

<sup>69</sup> Juana Rosa CALLABA TORRES: «La alternativa oligárquico-imperialista: Machado», en Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. La Neocolonia. Organización y Crisis. Desde 1899 hasta 1940*, Editora Política, La Habana, 1998, pp. 273-274.

<sup>70</sup> José A. TABARES DEL REAL: *La Revolución del 30. Sus dos últimos años*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975, pp.124-127; y «Proceso Revolucionario: ascenso y reflujo. (1930-1935)», en Instituto de Historia de Cuba: *Historia de Cuba. La Neocolonia. Organización y Crisis. Desde 1899 hasta 1940*, Editora Política, La Habana, 1998, pp.290-293.; Julio LE RIVEREND: *La República*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973, pp.271-273.; y Emeterio SANTOVENIA: Ob.cit., pp. 75-76.

<sup>71</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., p. 128.

<sup>72</sup> Mario GARCÍA KOHLY: Ob.cit., pp. 281 y ss.

<sup>73</sup> Ver Bases A y B.

<sup>74</sup> Ver Bases D y E.

inclusión novedosa consistía en la iniciativa legislativa popular para reformar la Constitución mediante la solicitud de cincuenta mil ciudadanos, recogida en la Base O.

Estas Bases, si bien introducían elementos progresistas como la iniciativa legislativa popular y la acción pública en materia de inconstitucionalidad, presentaban un diseño de gobierno algo confuso, creando a nuestro entender un espejismo de colegiatura, incongruente con la existencia de secretarios de Despacho y de un presidente que era más que un *primus inter pares* si observamos que conservaba las facultades esenciales clásicas del modelo presidencial. Al final este Consejo parecía sobrar en el engranaje estatal expuesto.

También Mariano ARAMBURO elaboró un curioso proyecto de Constitución<sup>75</sup> que pecaba de un detallismo excesivo en algunas de sus prescripciones. Contenía un Título dedicado a los Derechos del Hombre donde se reproducía prácticamente la parte dogmática de la Constitución de 1901, sumando un conjunto de garantías de carácter procesal, como la regulación expresa del Habeas Corpus; mientras que separaba en otro Título los derechos de disfrute exclusivo de los nacionales —básicamente los políticos— y hacía una extraña distinción entre «ciudadanos cubanos» (cubanos mayores de edad que no estuvieran incapacitados del ejercicio de sus derechos) y «súbditos cubanos» (el resto de los cubanos),<sup>76</sup> además de que privaba a los analfabetos del derecho de sufragio. El Poder Legislativo iba a residir en un Congreso unicameral, el cual sería electo por tres años, pasados los cuales se tenía que renovar totalmente. Una de los tantos aspectos que podríamos cuestionar de este proyecto es que la elección del presidente de la República recaía en el Congreso Legislativo y no en el voto popular.<sup>77</sup> El Tribunal Supremo —cuyo presidente, por cierto, era nombrado por el Congreso— iba a coexistir con un Tribunal Superjudicial que fiscalizaría sus decisiones. Este Tribunal Supremo contaría con una Sala de Derecho Político y Administrativo, la cual tendría a su cargo las cuestiones de inconstitucionalidad. Esta última es una de las iniciativas plausibles de ARAMBURO, junto con la creación de los jueces legos en los barrios rurales y el establecimiento del referéndum popular;<sup>78</sup> pero el Proyecto implicaba ciertos

<sup>75</sup> Mariano ARAMBURO: «Proyecto de Constitución de la República de Cuba», en *La Nueva República. Revista de Renovación*, 15 de abril de 1931, La Casa Martín Imprenta, La Habana, p. 12 y ss.

<sup>76</sup> Ver artículo 47.

<sup>77</sup> Ver artículo 84

<sup>78</sup> Ver Título VII.

retrocesos en algunas materias, como la prohibición del voto a los analfabetos, justamente en un momento en que después de años de incansable reclamo se había logrado generalizar el sufragio en Cuba, y elección del presidente por el Congreso y no por el pueblo. Además de consignar una organización administrativa hipertrófica, el proyecto se perdía en un casuismo extremo, regulando las fechas en que se debían reunir los órganos municipales, la cuantía de la dieta que recibirían los congresistas por cesión, la prohibición de erigir monumentos de cualquier cubano antes de cumplirse treinta años de su muerte o de poner el nombre de un funcionario a alguna localidad. Hay que reconocer que el proyecto de ARAMBURO iba por derroteros opuestos a los que aspiraba tomar el pueblo cubano en esos momentos.

Por aquel entonces también se conoció un proyecto de Félix PÉREZ PORTA,<sup>79</sup> que se movía dentro de los límites del presidencialismo, aunque en una variante más moderada, ya que establecía la obligación de que los Decretos, Órdenes y Resoluciones del presidente fuesen refrendados por el secretario de Despacho del ramo correspondiente y daba la posibilidad al Congreso de interponer votos de censura a estos últimos. Fuera de estas pinceladas, el proyecto reproducía prácticamente el texto de 1901 en su totalidad.

También Carlos Manuel DE CÉSPEDES Y QUESADA daba sus consideraciones, proponiendo retomar la figura del Vicepresidente, someter al acuerdo del Consejo de Secretarios las materias de más alta trascendencia y ampliar las facultades de estos en la esfera administrativa, y establecer por alguna vía la declaración automática de la inconstitucionalidad de las Leyes y Decretos que lo fuesen.<sup>80</sup>

Mientras tanto en el Congreso ya se venía fraguando la reforma. El 21 de abril de 1931 fueron leídas unas «Bases para una Reforma Constitucional» presentadas por el Representante Carlos Manuel DE LA CRUZ. Inmediatamente fue designada una Comisión Especial para estudiar esta y otras propuestas, entre las que se encontraba un informe redactado por Arturo MAÑAS, antiguo profesor de Derecho Político de la Universidad de La Habana.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> Félix PÉREZ PORTA: *Proyecto de Constitución para la República de Cuba*, La Habana, 1933.

<sup>80</sup> Academia de la Historia de Cuba: *Discursos leídos en la recepción pública del Dr. Carlos Manuel de Céspedes y Quesada la noche del 27 de febrero de 1933. Contesta en nombre de la corporación del Sr. René Lufriú y Alonso*, Imprenta El Siglo XX, La Habana, 1933, pp. 43-44.

<sup>81</sup> Arturo MAÑAS: *Sobre una Reforma de la Constitución Cubana*, Imprenta F. Verdugo, La Habana, 1931.

Entre los aspectos que valdría la pena resaltar del informe se destaca su inclinación por adoptar una forma de gobierno colegiada o directorial, siguiendo las experiencias de Suiza y de Uruguay. Este diseño, que se presentaba como el remedio apropiado para lo que MAÑAS denominaba hipertrofia del poder ejecutivo, se basaba en depositar la función de gobierno en un Consejo de Administración integrado por seis consejeros electos por el Legislativo, el presidente del Tribunal Supremo, y el presidente y vicepresidente de la República, estos elegidos por sufragio directo. Este Consejo ostentaría colectivamente todas las prerrogativas que a Constitución vigente confería al presidente de la República, quedando este último relegado a la representación exterior del Estado, a la firma de tratados y a poner en vigor los acuerdos tomados por el Consejo de antemano. Por su parte, cada Consejero tendría a su cargo un ramo de la Administración y desempeñaría a título individual las facultades correspondientes a los secretarios de Despacho.

De igual modo en el informe se recogía la acción pública en materia de inconstitucionalidad y la sustitución del Senado por un Consejo Económico de naturaleza corporativa similar al adoptado en la Constitución de Weimar, algo que ya en su momento había sido propuesto por José Antonio RAMOS casi veinte años atrás.<sup>82</sup>

Pese a lo interesante que nos puede parecer hoy el informe elaborado por Arturo MAÑAS en su afán de moldear un sistema que se apartara de los bosquejos gubernativos clásicos a los efectos de contrarrestar las falencias de «un ejecutivo personal y prepotente»,<sup>83</sup> este no logró acaparar toda la atención de la Comisión Especial, como sí lo hicieron el ya mencionado proyecto de Manuel DE LA CRUZ, y unas Bases sobre la reforma de la Constitución presentadas por el senador José Manuel CORTINA.<sup>84</sup>

El Plan Cortina propugnaba la sustitución del régimen presidencialista por el régimen parlamentario restringido. Con este fin esbozaba un diseño donde los secretarios de Despacho —ahora denominados ministros— podían comparecer a las sesiones del Congreso y hasta ocupar escaños en él; además, conformarían un órgano colegiado —Consejo de Ministros— y estarían permanentemente bajo el escrutinio del Congreso, ya que cualquiera de

<sup>82</sup> José Antonio RAMOS: «La Senaduría Corporativa», en *Cuba Contemporánea*, año II, t. IV, enero-abril, 1914, pp.134 y ss.

<sup>83</sup> Ver Arturo MAÑAS: Ob. cit., p. 13.

<sup>84</sup> José Manuel CORTINA: *Exposición de Motivos y Bases sobre la Reforma de la Constitución*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca., 2da. edición, La Habana, 1936, pp. 39 y ss.

sus dos Cámaras podía presentar una moción de desconfianza, obligándolos a renunciar de proceder esta. En caso de que se diera una crisis ministerial o de gobierno, se prohibía entonces interponer otra moción hasta después de transcurridos seis meses.<sup>85</sup> Tanto los ministros como el presidente del Consejo eran nombrados por el presidente de la República, el cual podía también retirarle su confianza; pero por otro lado, todas las decisiones que tomara el primer mandatario necesitaban ser refrendadas por al menos, un ministro, de lo contrario tal decisión no sería de carácter obligatorio. El presidente de la República era electo de forma directa, por cuatro años, sin posibilidad de reelegirse hasta pasados dos períodos. Si bien se le declaraba como titular del Ejecutivo, en el Plan Cortina se le refería como un «poder director, moderador y de conciliación nacional». La figura del vicepresidente era resucitada en dicho proyecto, y respecto al Congreso, la duración de los períodos de legislatura de ambas Cámaras volvía a ser como antes de la reforma de 1928, es decir, cuatro años para los Representantes y ocho para los senadores.<sup>86</sup> Fundándose en la frecuencia de elecciones presidenciales y parlamentarias, en la Base 8 se le negaba al Gobierno la potestad de disolver las Cámaras.

Volvía a aparecer la acción pública, permitiendo a cualquier ciudadano impugnar ante el Tribunal supremo todo acto o norma contrario a la Constitución, e igualmente se planteaba la necesidad de que el procedimiento de Habeas Corpus constara en el texto constitucional Bases. En la Base 36 del proyecto se disponía la celebración de elecciones en noviembre de 1932.

En cuanto al proyecto de Carlos Manuel DE LA CRUZ, optaba por un sistema parlamentario, no restringido como el dibujado por CORTINA, aunque adolecía de rasgos esenciales, como la potestad de disolución de las Cámaras por el Ejecutivo y la existencia de un presidente del Consejo de Ministros. En el proyecto se regulaban las interpelaciones del Legislativo a los ministros, las crisis ministeriales y la compatibilidad de los cargos de ministro y congresista. También se incluía la acción pública, la figura del vicepresidente de la República, el sufragio directo para elegir al presidente. El término de elección tanto para senadores como para Representantes se fijaba en cuatro años y se suprimía el Distrito Central.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> Ver Base no 4.

<sup>86</sup> Ver Base no 12.

<sup>87</sup> Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., pp. 137-138.

Uno de los aciertos que tuvo este proyecto fue proponer la declaración constitucional del derecho al trabajo y la imposición de limitaciones a la posesión de la tierra. Estas eran cuestiones en las que, en ninguno de los proyectos antes vistos, se habían detenido, y que significaba un importante avance en materia social. Se limitaba el tiempo durante el cual se podían suspender las garantías y se fijaban elecciones para noviembre de 1932.<sup>88</sup>

Con estos dos proyectos se reanudaba el periplo reformista, pues con la reforma de 1928 solo se habían sepultado los esfuerzos por llegar a cimentar un nuevo orden constitucional. Los proyectos de Manuel DE LA CRUZ y de CORTINA retomaban los elementos básicos de sus antecesores, pero los robustecían, los equilibraban y atemperaban a los días que corrían. Es destacable cómo ya se ve el proyecto de Manuel de la Cruz orientado por las nuevas corrientes doctrinales, y recoge el derecho al trabajo y las limitaciones al derecho de propiedad. No es muy difícil notar la influencia que tendrían ambos en el texto de 1940, sobre todo en la configuración del denominado sistema semiparlamentario o presidencialismo moderado, como preferimos llamarlos.

En la sesión del Senado del 22 de octubre, se aprobaría el proyecto de reforma elaborado por la Comisión Especial. En él se tomaba como base la tesis de José Manuel CORTINA, aunque sufriría unas cuantas modificaciones. El 12 de agosto era derrocado el gobierno de Gerardo Machado, frustrándose este último intento de reforma, pero ya soplaban los vientos de cambio y el país estaba listo para dar pasos más acelerados.

### **A modo de epílogo**

El recorrido que hemos emprendido a lo largo de nuestro trabajo, debe servirnos para ilustrar un panorama del constitucionalismo cubano durante las tres primeras décadas de vida republicana, oscilante entre las inestabilidades políticas y los deseos de reforma del texto constitucional como posible solución a todos los males de la nación.

Nuestro afán de investigar un período poco estudiado no está motivado únicamente por móviles meramente arqueológicos, sino que es nuestra intención seguir las estelas dejadas por el mismo, las cuales nos guían hasta el escenario constitucional de los años treinta —donde igualmente dominará el discurso reformador— y desembocan directamente en la Constitución de 1940. Para

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 139.

explicar esta última afirmación, debemos partir de que si bien las tendencias reformadoras de la etapa en que nos hemos detenido están matizadas por los constantes cuestionamientos respecto a la funcionalidad del modelo presidencialista, el constitucionalismo de la década del treinta es mucho más abarcador, está abocado hacia la cuestión social y más que el cambio de la fisonomía del aparato de poder, le interesa fundar un nuevo orden constitucional erigido sobre pilares totalmente diferentes a los que sustentan el régimen liberal del que la Constitución de 1901 es clara deudora. Visto así, aparentemente el tema de la forma de gobierno pudo haber sido relegado a un segundo plano, pero ello no significó que se desvaneciera, sino todo lo contrario: se hallaba contemplado en la agenda de todos los partidos políticos que participaron en la elaboración de la Constitución de 1940 y ocupó largas jornadas de sesiones en el seno de la Asamblea Constituyente de la cual emanó esta, eso sin contar de obras que aflorarán al respecto durante los años referidos.

Lo cierto es que en lo relativo a la forma de gobierno, es fácil establecer una línea de continuidad entre el período que abordamos y el que cronológicamente le sucede, puesto que en ambos el tratamiento que se le da a esta cuestión sigue idénticas directrices; y finalmente las contradicciones en torno al presidencialismo contribuirán a la reafirmación de dicho sistema como opción predominante y a su consolidación como un elemento que quedaría enraizado en nuestra cultura jurídica y política.

Injusto sería negar la influencia que tuvieron durante la etapa estudiada las ideas que propugnaban la configuración de un régimen distinto al presidencialista, pues coadyuvaron a que en el texto constitucional de 1940 se estableciera un diseño presidencialista más moderado o condicionado, pero presidencialista al fin. Razones de peso histórico y cultural conllevaron a desestimar corrientes que en algún momento despertaron notable interés dentro de determinadas esferas de opinión y así inclinar la balanza en favor de un modelo que según se estimaba, iba más acorde con las condiciones materiales y espirituales del país, aunque eso sí, era menester una variante de este más flexible, tal como hemos dicho, quedó consagrada en el diagrama gubernativo adoptado en la Constitución de 1940, pese a que algunos autores insisten en denominarlo como un régimen semiparlamentario.



## **La recepción de los principios e instituciones del republicanismo romano, en la historia constitucional cubana anterior a 1959**

Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO<sup>1</sup>

### **Notas introductorias**

Sin lugar a dudas el Derecho es una parte esencial en la realidad política, económica y cultural de una sociedad históricamente determinada. Por ello, ningún estudio desde la academia, que ponga sus miras en el pasado o el presente, puede preterir el carácter esencialísimo del Derecho para la realidad material a la que se aplica. Esta comprensión del fenómeno jurídico ha estado presente en la obra de la distinguida profesora y exjueza de la Corte Suprema de México, doctora VICTORIA ADATO GREEN quien, desde los ámbitos de actuación académica y judicial, ha sido defensora de las áreas de Derecho Constitucional, Humanos y Penal. Sirva entonces este ensayo como un merecido tributo, desde la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, a la doctora ADATO GREEN.

### **Los orígenes del pensamiento democrático constitucional en Cuba**

La ciencia del Derecho se enriquece y fundamenta con los componentes doctrinales y metodológicos que legaron los romanos, en una clara evolución de sus instituciones hacia los tiempos modernos; Cuba ha transmitido el Derecho Romano mediante la docencia y lo ha recepcionado en la legislación. El estudio de la recepción del Derecho Público Republicano Romano en Latinoamérica y particularmente en Cuba, no obstante su trascendencia, adolece de un escaso tratamiento doctrinario. El Derecho Romano es parte indisoluble de la tradición jurídica cubana y su defensa no es sino una forma de defender nuestra nacionalidad, en acercamiento a la de los pueblos de América Latina y de otras latitudes, con respecto a los cuales constituye idioma común.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas (La Habana, 2014). Profesora principal de Derecho Romano y profesora de Teoría del Estado, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, Cuba.

<sup>2</sup> Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO y Ricardo PELEGRÍN TABOADA: «Peculiaridades del Código Civil Cubano. Una aproximación casuística al elemento romano», en Memorias del III Seminario en el Caribe Derecho Romano y Latinidad, Identidad e Integración Latinoamericana y Caribeña, La Habana, 2005, pp. 1-2.

Si deseamos desentrañar los orígenes del pensamiento y el constitucionalismo republicano y democrático en Cuba, debemos tomar como referentes —siguiendo a Loyola—,<sup>3</sup> el nada despreciable antecedente de la Revolución Inglesa, la Revolución de Independencia de las Trece Colonias norteamericanas, y por encima de todas la gran Revolución Francesa. Nuevas expresiones invadieron, en una sola generación, el arsenal comunicativo de los más disímiles sujetos sociales: libertad, igualdad, democracia, república, liberalismo, contrato social, derecho ciudadano, constitución, poder ejecutivo, pueblo, soberanía nacional, por solo citar algunos conceptos inimaginables en su difusión un siglo atrás en nuestra historia.

Coincidiendo con algunos autores, entre los que se destacan FERNÁNDEZ BULTÉ y LIZÓN GONZÁLEZ,<sup>4</sup> puede afirmarse que la primigenia asimilación del pensamiento moderno, de una manera creadora y no acrítica, transcurre en Cuba entre 1773, cuando se inaugura el Seminario San Carlos y San Ambrosio, y en 1818, en que aparece la primera obra filosófica notable que pretende superar el escolasticismo europeo: las *Lecciones de Filosofía*, del presbítero Félix Varela y Morales. Desde luego que el tránsito del reformismo al independentismo, y con ello, la asimilación de las ideas democráticas provenientes del viejo continente, tienen lugar en un contexto diferente al resto de la América Latina, ya que cuando se inician los procesos independentistas iberoamericanos los hacendados criollos en Cuba permanecen todavía aferrados a posiciones esclavistas y reformistas. Como es conocido, la «fiel Isla de Cuba» ni siquiera se incorporó al proceso juntista iberoamericano, en el marco de la dominación francesa en España y la abdicación de Carlos IV, coyuntura favorable para la Revolución burguesa en la península y para el desenvolvimiento de las ideas independentistas y liberales en Hispanoamérica.

En la medida que la esclavitud fue convirtiéndose en un obstáculo para el desarrollo industrial del país, y sobre todo, cuando la dirección política fue pasando a manos de clases y sectores no vinculados al régimen esclavista, las tendencias más avanzadas de pensamiento en los planos político y social

<sup>3</sup> Cfr., Oscar LOYOLA: «Una época, una isla, un patriota, un sacerdote», en *Dos siglos de pensamiento de liberación cubano*, Eduardo TORRES-CUEVAS (Coordinador), Imagen Contemporánea, La Habana, 2003, pp. 17 y 18.

<sup>4</sup> José L. LIZÓN GONZÁLEZ: «Orígenes del pensamiento democrático cubano. El aporte del ideario republicano de José Martí», en [www.fgr.cu/BibliotecaJuridica](http://www.fgr.cu/BibliotecaJuridica), pp.1-3 y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 32 y ss.

se fueron abriendo paso y el liberalismo fue cediendo lugar a un democratismo revolucionario, cuyos antecedentes pueden encontrarse en la ideología revolucionaria francesa, especialmente de corte rousseauiano. Se trata sin dudas, de un proceso de paulatina radicalización del pensamiento cubano en que van marcando hitos figuras como Céspedes, Agramonte, y Martí.

Tal y como hemos apreciado las ideas liberales fueron también el basamento inicial del nuevo período independentista en nuestra historia. Pero en el tránsito de la dirección del movimiento revolucionario, de manos de sectores de la burguesía de las regiones central y oriental a las de capas y clases explotadas, representadas respectivamente por Céspedes y Agramonte y por Maceo y Gómez, el ideario rousseauiano, considerado como uno de los antecedentes del democratismo revolucionario que comenzó a expresarse ya en los días de la Revolución Francesa, en tanto expresión de los intereses de capas y clases explotadas que tomaron parte en el proceso [...] comenzó a abrirse paso en Cuba en el propio transcurso de la lucha.<sup>5</sup>

El período constitucional separatista que se inició en abril de 1869 marcó no solo la ruptura con el Derecho constitucional español, sino también el comienzo del auge del ideario democrático que maduraría más adelante con José Martí proyectándose sobre los fundamentos republicanos que propondría. En este breve período, la base popular del gobierno de Céspedes mantuvo en orden su jurisdicción, con la adhesión de los cubanos patriotas y la expresión de sentimientos universales, y se amplió considerablemente con la Declaración de Independencia del 68 y el decreto abolicionista del 27 de diciembre, documentos signados por los principios democráticos y liberales-representativos que inspiraban a sus redactores. Decía el Decreto: «La Revolución de Cuba, al proclamar la independencia de la Patria, ha proclamado con ella todas sus libertades [...] Cuba libre es incompatible con Cuba esclavista». Y más adelante señalaba: «Pero solo al país cumple esa realización como medida general cuando el pleno uso de aquellos derechos pueda por medio del libre sufragio acordar la mejor manera de llevarla a cabo, con verdadero provecho, así para los antiguos como para los nuevos ciudadanos».<sup>6</sup> Este Decreto tuvo su réplica en el dictado por la Asamblea de Representantes del Centro, que prescribía, «teniendo

<sup>5</sup> Olivia MIRANDA: *Ecós de la Revolución Francesa en Cuba*, Editora Política, La Habana, 1989, pp. 121-122.

<sup>6</sup> Ramiro GUERRA: *Historia de Cuba*, La Habana, 1963, p.213, citado por José L. LIZÓN GONZÁLEZ: Ob.cit.

en consideración los principios de la eterna justicia, en nombre de la libertad y del pueblo que representa», la abolición de la esclavitud.

La primera resolución aprobada en la Asamblea de Guáimaro el 10 de abril de 1869 enuncia el principio democrático que debía sustentar el constitucionalismo cubano, cuando plantea:

Que los representantes reunidos en este lugar para establecer un gobierno general, democrático, y en virtud de las circunstancias que atravesamos, se consideran autorizados para asumir la representación de toda la Isla, acordar la guerra conducente al indicado objeto con la reserva de que sus acuerdos serán sometidos para su ratificación o enmienda a los representantes de los diversos pueblos pronunciados y de que más tarde cuando sea posible que el país se encuentre legal y completamente representado, establezca en uso de su soberanía la constitución que haya entonces de regir [...].<sup>7</sup>

Como es evidente, el instituto de la representación, dadas las circunstancias, es considerado el medio único e idóneo para el tránsito a la República democrática. En los acuerdos de la Asamblea de Representantes del 69 se señala también:

Que en virtud de no poder establecerse en las actuales circunstancias una representación enteramente legal del país, vengan a la Cámara en nombre de Las Villas los miembros de la Junta Revolucionaria de Villa Clara que se hallen en Guáimaro, y en nombre de Occidente los que sean elegidos por los cubanos de aquel Estado que se encuentre pronunciado.<sup>8</sup>

Es notable también la adhesión de la Constitución de Guáimaro al principio de la representación, aunque evidentemente no se trata de la representación montesquiana, en la cual el ciudadano se desliga de sus derechos políticos y los entrega, enajenados, al representante, sino de una representación que se aproxima más al mandato imperativo, propio del modelo constitucional latino defendido por Rousseau. Véase sino cómo se cuida, tanto en el texto constitucional como en las resoluciones que se adoptan el día 10, de que los defectos de representación puedan ser subsanados una vez que la guerra se haya afianzado o concluido y en todo caso se hace evidente la preocupación porque los representantes dependan del cuerpo electoral y se deban a él.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>9</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 32 y ss.

La constitución de Guáimaro confirió el fuerte poder legislativo a una sola Cámara, «creada por el pueblo», como el órgano más genuinamente popular. La Ley Electoral votada por la Cámara de Representantes proclamó el principio de elecciones directas. La Ley Fundamental de Guáimaro parece haber sido redactada bajo la influencia del fuerte espíritu democrático de la constitución francesa de 1793 que, según Olivia MIRANDA, inspiró a Agramonte y a los asambleístas. Incluso Céspedes cambió su investidura de capitán general por la de presidente de la República, definiendo así la tendencia civilista y el carácter republicano del Gobierno. La Constitución de Guáimaro revelaba el apego de los revolucionarios cubanos a la legalidad y al constitucionalismo progresista. De hecho con esa Constitución surgió la República de Cuba.<sup>10</sup>

La constitución de Baraguá, pese a su breve articulado, su provisionalidad y corta duración (74 días), estableció un gobierno colegiado y recogió las aspiraciones democráticas, en los marcos del concepto representativo que refrendaba. En el artículo tercero quedaba facultado para «hacer la paz bajo las bases de la independencia», y en el siguiente establecía: «Artículo 4: No podrá hacer la paz con el Gobierno español bajo otras bases sin el conocimiento y consentimiento del pueblo». Quedaba así reconocida la voluntad popular como fuente jurídico constitucional para la toma de decisiones inherentes a la soberanía del propio pueblo. En ese sentido, el Artículo 1 declaraba que «La Revolución se regirá por un gobierno provisional compuesto de cuatro individuos.» En el Artículo 2 se establecía que ese gobierno provisional nombraría un General en Jefe que dirigiría las operaciones militares. En el Artículo 3 se confirmaba que ese gobierno provisional estaba facultado para hacer la paz bajo bases de independencia. Y como si esa anterior afirmación fuera poco, en el Artículo 4 reafirmaba que: «No podrá hacer la paz con el gobierno español bajo otras bases sin el conocimiento y consentimiento del pueblo». En el Artículo 5 dejaba establecido que el gobierno pondría en vigor las leyes de la República que fueran compatibles con aquella difícil situación y en el artículo 6 y último declaraba la independencia del Poder Judicial y afirmaba que residiría en Consejos de Guerra.<sup>11</sup> Ese cuerpo legal, con solo seis artículos, es más una proclama política que un texto jurídico, pero lo importante es que en ella se materializa la continuidad político-jurídica de nuestro proceso revolucionario y nuestra república.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Introducción a la Constitución Cubana*, p. 2.

<sup>11</sup> El gobierno constituido en Baraguá quedó integrado por: Calvar, presidente; Figueredo, secretario; Mármol y Beola, vocales. Vicente García, general en jefe y Maceo, jefe de Oriente; en tanto que Moncada, Crombet y Rius Rivera, jefes de Guantánamo, Cuba y Holguín.

<sup>12</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Ob. cit.*, p. 2.

### El republicanismo democrático en José Martí

Lo más significativo del pensamiento iuspublicístico cubano de la segunda mitad del siglo XIX es el tránsito del liberalismo al democratismo revolucionario. Es imposible soslayar en este proceso, la figura del más destacado pensador latinoamericano de la época: José Martí. Sus ideas republicanas, en un momento crucial para la formación de la nación cubana como lo fue la lucha por la independencia en la última década del siglo, adquieren un profundo carácter democrático y antimperialista.

José Martí, principal exponente del democratismo revolucionario, se graduó en Zaragoza el 30 de junio de 1874 como Licenciado en Derecho, defendiendo la tesis titulada «Párrafo inicial del Libro I, Título II, de la Instituta de Justiniano. Del Derecho Natural, de Gentes y Civil». Cuatro meses más tarde se licenciaba en Filosofía y Letras, diplomándose con el tema «La oratoria política y forense entre los romanos: Cicerón como su más alta expresión. Los discursos examinados con arreglo a sus obras de retórica».<sup>13</sup>

Sin embargo, Martí no fue un teórico, a pesar de sus indudables aportes al pensamiento democrático y republicano posterior. Pero, como bien aclara el investigador Pedro Pablo RODRÍGUEZ, si bien José Martí no fue un teórico es incuestionable que su pensamiento político parte de determinados presupuestos teóricos.<sup>14</sup>

Tal cual acota Ibrahim HIDALGO,<sup>15</sup> es posible referirnos actualmente a la validez de las ideas de José Martí acerca del ordenamiento republicano de las naciones no porque él se propusiera elaborar un modelo o patrón teórico al cual debía ajustarse la realidad cubana y latinoamericana de su época, sino porque plasmó en múltiples obras escritas — artículos, crónicas, discursos, documentos programáticos, cartas —, su concepción acerca de la etapa inmediatamente posterior al logro de la independencia de su país natal del dominio colonialista español. Por tanto, coincidiendo con el autor aludido, el independentismo no debía continuar apareciendo ante el pueblo cubano solo como una opción alternativa al coloniaje hispano, sino también a cualquier otro criterio, idea o proyecto.

Era necesario, por tanto, elaborar un proyecto alcanzable, enraizado en el ideal y las tradiciones republicanas del pueblo, capaz de unir tras de sí no solo a quienes deseaban la independencia y luchaban por

<sup>13</sup> Cfr. J. A. PÉREZ GORRÍN: Martí y el Derecho, La Habana, 1953, pp. 28-29, citado por José L. LIZÓN GONZÁLEZ: Ob.cit.

<sup>14</sup> Pedro P. RODRÍGUEZ: «La idea de liberación nacional en José Martí», *Anuario de Estudio Martianos*, no. 4, CNC, La Habana, 1972, p.175.

<sup>15</sup> Ibrahim HIDALGO: «Democracia y participación popular en la República martiana», en revista *Temas*, no. 32, enero-marzo de 2003, pp. 110-117.

ella, sino a todos los que concebían el sacrificio patriótico como un modo de lograr la justicia social, la equidad, el respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad plena del hombre. Martí se propuso que la mayoría de la población conociera y compartiera la nueva concepción revolucionaria, pues: «Un pueblo, antes de ser llamado a guerra, tiene que saber tras de qué va, y adónde va, y qué le ha de venir después»,<sup>16</sup> y, en fin, se generalizara el convencimiento de la capacidad de los cubanos para el gobierno propio, sin tutelas hispanas o estadounidenses.

Siguiendo esta línea de pensamiento de Hidalgo, erraría asimismo quien negase que el ideal de república concebido y divulgado por Martí fuera una de las principales motivaciones que sustentaron el apoyo mayoritario de las emigraciones cubanas y puertorriqueñas al llamado a una nueva etapa de confrontación bélica.

Los aspectos que definen la concepción martiana de la República nueva deben ser considerados integralmente como una unidad, pues constituyen un sistema de transformaciones que traería aparejados no solo una forma de gobierno opuesto al de la colonia, sino un orden social diferente al impuesto por el poder hispano. Paralelamente, como base esencial, se democratizaría toda la vida política, social y cultural del país, haciendo prevalecer la plena igualdad de derechos. Para que estos cambios fueran realizables, era indispensable el establecimiento de mecanismos de participación de los ciudadanos, parte activa esencial de todo el proceso de transformaciones iniciales desde el período de preparación de la contienda.<sup>17</sup>

Bien sabía Martí que república y democracia no eran términos equivalentes. Sus experiencias en España — durante el breve período republicano de 1873 a 1874 —, y en México, Guatemala, Venezuela y los Estados Unidos le permitieron conocer a fondo las contradicciones existentes en aquellas repúblicas y la vacuidad de este concepto cuando tras él se ocultaba el dominio de las oligarquías, carentes

<sup>16</sup> José MARTÍ: «Carta a J. A. Lucena» (Nueva York, 9 de octubre de 1885), *Obras completas*, t. 1, Editorial Nacional de Cuba, La Habana.

<sup>17</sup> Los aspectos fundamentales de la república martiana han sido abordados por diferentes autores, entre los que destacaremos a Pedro P. RODRÍGUEZ: «La idea de la liberación nacional en José Martí», *Anuario Martiano*, no. 4, Biblioteca Nacional José Martí, La Habana, 1972, y «Prólogo» a José Martí, *El Partido Revolucionario Cubano y la guerra*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1978; E. TORRES CUEVAS, «El proyecto inconcluso de José Martí», en E. TORRES CUEVAS et al.: *El alma visible de Cuba. José Martí y el Partido Revolucionario Cubano*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1984; Ramón DE ARMAS, «José Martí: su república de mayoría popular», *Revista de Ciencias Sociales*, no. 1-2, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Puerto Rico, enero-junio de 1990. Ver, Ibrahim HIDALGO: Ob. cit.

de la intención de incorporar a las grandes masas al disfrute de los beneficios y a la búsqueda de soluciones, mediante una verdadera representación en el gobierno y su participación en proyectos favorables a la nación, no como simples ejecutores de otros, que les eran ajenos.<sup>18</sup> Para evitar este riesgo era necesario «procurar desde la raíz salvar a Cuba de los peligros de la autoridad personal y de las disensiones en que, por la falta de la intervención popular y de los hábitos democráticos en su organización, cayeron las primeras repúblicas americanas».<sup>19</sup>

El fundamento de la vida republicana es el derecho igual para todos, y cuya base la constituye el cumplimiento del deber, no la mayor o menor cantidad de riqueza material. En la base

<sup>18</sup> «Independientemente de la certeza o no de tales influencias, la constatación de las ideas republicanas españolas contrastadas con las aspiraciones de Cuba permiten a Martí, según Pedro Pablo RODRÍGUEZ, hacer la primera crítica al liberalismo político en la obra anteriormente citada, sin que esto signifique que en 1873 Martí abandone los puntos de coincidencia con aquel. A partir del conocimiento de la relación entre republicanismo y colonialismo, que lo sitúa en una postura que cuestiona el ideal liberal, Martí llega al reconocimiento de que ambas Repúblicas, española y cubana, pueden coexistir, lo que significa ante todo el derecho del pueblo cubano a darse su propia constitución [...] «reconozca —la República Española— puesto que el derecho, y la necesidad, y las Repúblicas, y la alteza de las ideas republicanas lo reconocen, la independencia de Cuba. En las Repúblicas de Nuestra América —ha apuntado ROIG DE LEUCHSENRING— podrá Martí estudiar sobre el terreno los obstáculos que enfrentaba el desenvolvimiento y progreso de las Repúblicas de origen hispano, y en sus años de estancia en los Estados Unidos conocería el peligro del expansionismo norteamericano para aquéllas». La inicial estadía larga de Martí en Nueva York, en 1880 —dice FERNÁNDEZ RETAMAR— le permiten constatar la realidad norteamericana y entrar en contacto con las ideas que impresionaban en esa década a los liberales del planeta. Esta permanencia observadora y crítica de Martí constituye una etapa importante para comprender la superación del liberalismo en la estancia de los años 90, cuando ha madurado su conocimiento de la sociedad norteamericana. «En los Estados Unidos —dice Martí en *Patria*, el 23 de marzo de 1894— en vez de apretarse las causas de la Unión se aflojan, en vez de resolverse los problemas de la humanidad se reproducen, en vez de amalgamarse en la política nacional las localidades, la dividen y enconan; en vez de robustecerse la democracia y salvarse del odio y miseria de las monarquías, se corrompe y aminora la democracia, y renacen, amenazantes, el odio y la miseria». Al respecto ver R. FERNÁNDEZ RETAMAR: *Cuadernos del CEM*, no. 7, La Habana, 1984, p.121. Cfr., en el mismo texto: «Introducción a Martí» y «Desatar a América y desuncir al hombre», pp.103-136; José MARTÍ: «Impresiones de América» 1880, *Obras Completas*, t. 19, pp.103-126; E. ROIG DE LEUCHSENRING: «La Guerra Cubana de los Treinta Años. Estudios sobre La Nación Cubana», en *Acuerdos del Séptimo Congreso Nacional de Historia*, p. 371.

<sup>19</sup> José MARTÍ: «Carta al presidente del club “José María Heredia”» (Nueva York, 25 de mayo de 1892), *Obras Completas*, t. 1, p. 458. Ver también «Pueblos nuevos» (*Patria*, 14 de mayo de 1892), ob. cit., t. 28, p. 303.



constitutiva de la República nueva se halla el respeto al individuo: Su derecho de hombres es lo que buscan los cubanos en su independencia; y la independencia se ha de buscar con alma entera de hombre. La defensa del derecho del ser humano a una vida digna en lo económico es inconcebible sin su plena participación en la vida política del país, sin la posibilidad real de expresar sus opiniones en cuanto atañe a la toma de decisiones, la fiscalización y el control de la aplicación de estas, y a su actuación al respecto. No se trata solo de la movilización de los ciudadanos durante la fase del cumplimiento de proyectos ya concebidos, sino el acceso a los espacios de discusión de estos, a fin de contribuir con sus experiencias e ideas a su elaboración.<sup>20</sup>

En las Bases del Partido Revolucionario Cubano (en lo adelante PRC), aprobadas en enero de 1892, Martí expone como aspiración esencial, la fundación «con método republicano», de una nación capaz de conseguir la dicha de sus hijos y cumplir los deberes continentales, de una República que significara la constitución de «un pueblo nuevo y de sincera democracia, para el logro de la Patria una, cordial y sagaz».<sup>21</sup> La conjunción de los conceptos de Patria, pueblo y democracia en el ideario republicano de Martí es esencial para comprender la originalidad de su concepción del partido político. En *Patria* escribe, en 1892, que el Partido Revolucionario Cubano «no es, como los partidos políticos suelen ser, mera agrupación más o menos numerosa de hombres que aspiran al triunfo de determinado modo de gobierno, sino reunión espontánea, y de más naturaleza, de los que aspiran, de brazo de la muerte, a levantar con el cariño y la justicia un pueblo».<sup>22</sup> También en *Patria*, en el artículo «El Partido», Martí señala: «Los Partidos políticos que han de durar, los partidos que arrancan de la conciencia pública; los partidos que vienen a ser el molde visible del alma de un pueblo, y su brazo y su voz; los partidos que no tienen por objeto el beneficio de un hombre interesado, o de un grupo de hombres, no se han de organizar con la prisa indigna y artificiosa del interés personal, sino como se organiza el PRC, con el desahogo y la espontaneidad de la opinión libre».<sup>23</sup> Puede constatarse cómo Martí atribuye la permanencia histórica de un Partido a su identificación con los intereses populares más

<sup>20</sup> Rafael HERNÁNDEZ y Haroldo DILLA: «Cultura política y participación popular en Cuba», *Cuadernos de Nuestra América*, n. 15, La Habana, julio-diciembre de 1990, pp. 111.

<sup>21</sup> José MARTÍ: *Obras Completas*, Editorial Nacional de Cuba, La Habana, 1963, t. I, p.139.

<sup>22</sup> José MARTÍ: Ob. cit., t. II, p. 32.

<sup>23</sup> José MARTÍ: Ob. cit., t. II, p. 35.

genuinos, el valor que le otorga en tal sentido a la opinión pública como expresión de la conciencia política del pueblo. También se aprecia una concepción no individualista del Partido, y se expresa una noción sobre la democracia interna que debe primar en los Partidos políticos.

Al acatar los documentos rectores del PRC, los clubes debían adoptar el método democrático de elección de las secretarías de los Cuerpos de Consejo —instancia intermedia entre las asociaciones de base y la máxima dirigencia—, del Delegado y del Tesorero. Se mantenía la tradición de las emigraciones —iniciada desde la Guerra de los Diez Años— de realizar votaciones anuales, pero se introdujeron prácticas totalmente desconocidas hasta entonces: el deber del Delegado de rendir cuentas anualmente de su trabajo y del empleo dado a los fondos recaudados; el derecho de cada Cuerpo de Consejo de proponer a los demás la deposición del dirigente electo (lo que podría lograrse con el voto unánime a favor de dicha moción), y el derecho de cualquier Cuerpo de Consejo de proponer reformas a las Bases y los Estatutos, que el Delegado debía comunicar a los demás organismos intermedios y, de acordarse el cambio, quedaba obligado a acatar. Estos procedimientos democráticos no habían sido aplicados en aquella época, ni con anterioridad, por ningún organismo cubano.

No obstante la claridad expositiva de los Estatutos, fue preocupación de Martí aclarar aún más su contenido, e insistir ante los clubes sobre los derechos de estos y de los Cuerpos de Consejo para fiscalizar la actuación de los funcionarios electos. En una de las comunicaciones elaboradas con esta finalidad, expone que la creación de estos últimos como instancia intermedia del Partido, respondía a la idea democrática de someter al ejecutivo a la revisión continua de sus actos por muchos ojos a la vez, pues la actuación del Delegado no debe prescindir del examen y vigilancia a que le sería fácil escapar en el trato con las Asociaciones aisladas. Gracias a la estructura creada, estas pueden ejercer su fiscalización. Por otra parte, señala que los clubes tienen reservados en dichas instancias «sus derechos totales de inspección, proposición y reforma», y por medio de sus presidentes poseen «los derechos de objetar, proponer y deliberar [...] en los asuntos generales del Partido».<sup>24</sup>

De este modo se ratificaba el criterio de que la revolución era del pueblo y para el pueblo, y que para ella se convocaba, incluso, a quienes pudieran haber errado en sus apreciaciones iniciales, si eran capaces de unir sus esfuerzos sinceros al propósito

<sup>24</sup> Ibrahim HIDALGO: Ob. cit.

independentista. Se trataba de sumar voluntades, no de restarlas, pues se requería del apoyo mayoritario, alcanzable en la medida en que se respetara consecuentemente el espíritu y las prácticas democráticas, y se incentivara la participación popular, necesaria no solo para potenciar el entusiasmo patriótico y la formación ciudadana en los aspectos políticos ya señalados, sino también para la formación y trasmisión de nuevos valores. Con ello se lograría el cambio de percepción de determinadas ideas prevalecientes en la sociedad, como la discriminación y la represión a la libertad de pensamiento. Que la República ha de tener por base el carácter entero de cada uno de sus hijos el hábito de trabajar con sus manos y pensar por sí propio, lo que para él constituía no solo un derecho sino un deber: «El primer deber de un hombre es pensar por sí propio».<sup>25</sup>

El pueblo cubano deformado por el colonialismo, debía conquistar no solo la independencia política entendida esta como el derecho al gobierno propio y al establecimiento de la república democrática sino también la independencia de las mentes. Un país será mas libre, próspero y seguro en su soberanía, en la medida en que cada uno de sus hijos piense y sienta con alma de nación. En la concepción martiana el elemento esencial de esta es el ser individualmente considerado, cuya unión constituye el pueblo que deviene así no un ente abstracto e inasible, sino un conglomerado de personas, cada una digna de respeto.

Con tales principios se construiría la república justa democrática «con todos y para el bien de todos». No es casual que el discurso de Martí, conocido por su frase final, se halle al comienzo de la etapa de fundación del Partido Revolucionario Cubano, organizador de la guerra necesaria para alcanzar la independencia patria. En estas pocas palabras se resume lo esencial del programa de la nueva ordenación política concebida por el Maestro. Con todos los integrantes de la nación debía alcanzarse la patria independiente. Solo quedarían excluidos quienes se excluyeran por soberbia o por apego obediente al amo extranjero. La obra de unidad exigía el esfuerzo máximo, pues habrían de juntarse cubanos y españoles, negros y blancos, hombres y mujeres, obreros y propietarios, civiles y militares, los de la Isla y los de las emigraciones. Se hallaban en juego tanto la independencia del país como la nacionalidad cubana; la libertad política como la cultura autóctona; el peligro de continuar siendo colonia de España, como el de convertirse en colonia de los Estados Unidos. Y ante peligros de tal magnitud no cabía la

<sup>25</sup> José MARTÍ: «Los cubanos de afuera y los cubanos de adentro», (*Patria*, 4 de junio de 1892), *Obras Completas*, t. 1, p. 480.

ensoñación de lograr la unanimidad en cada propuesta, sino la unión en los objetivos inaplazables: el logro de la independencia nacional, la soberanía popular y la justicia social.

Con todos los que compartieran estos fines se haría el esfuerzo común. Cuba debía salvarse de los peligros de la autoridad personal y de las disensiones en que, por falta de la intervención popular y de los hábitos democráticos en su organización, cayeron las primeras repúblicas americanas

El bien de todos no es una frase ocasional en el discurso martiano. Constituye un objetivo programático. El bien no alude solo al bienestar material, sino además a las condiciones favorables para la plena realización espiritual del individuo y la colectividad. Pero es obvio que sin los recursos que garanticen la subsistencia es difícil alcanzar la plenitud del ser humano. Como apunta Medardo VITIER,<sup>26</sup> el bien supone bienes o, de otro modo, queda infecundo en la contemplación no más. En la proposición martiana lo material esta conciliado con lo moral, pues su logro no se proyecta hacia fines egoístas, sino para la satisfacción de todos, expresión que no alude a la colectividad abstracta sino a la suma de los individuos. Al expresar los objetivos a alcanzar en la república, Martí habla —agrega VITIER— sobre el bien de cada uno, no la referencia vaga a lo colectivo. La revolución habría de propiciar que cada ciudadano alcanzara una vida digna, no mediante un ilusorio igualitarismo económico nivelador, sino por el trabajo y el esfuerzo de cada cual. La revolución habría de lograr, al mismo tiempo, que el bien sea de todos, no de un grupo de favorecidos que justificaría su encumbramiento por supuestos servicios a la sociedad, y en realidad verdaderos portaestandartes del más feroz individualismo, porque se practicaría a nombre del colectivismo.

El núcleo central del discurso martiano se resume en las siguientes palabras:

[...] yo quiero que la Ley primera de nuestra república sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre [...] o la república tiene por base el carácter entero de cada uno de sus hijos, el hábito de trabajar con sus manos y pensar por sí propio, el ejercicio íntegro de sí y el respeto, como de honor de familia, al ejercicio íntegro de los demás; la pasión, en fin, por el decoro del hombre, —o la república no vale una lágrima de nuestras mujeres

<sup>26</sup> Medardo VITIER: «Doctrina social. III», *Valoraciones*, Universidad Central de Las Villas, Departamento de Relaciones Culturales, 1960, t. I, pp. 424 y 425, respectivamente; el otro fragmento es de «Doctrina social. I», p. 420.

ni una sola gota de sangre de nuestros bravos. Para verdades trabajamos, y no para sueños.<sup>27</sup>

Evidentemente el vínculo político participativo que suponía el concepto romano de ciudadanía, implícito en el más amplio concepto de nación romana —«Roma comunis nostra Patria est». (Modestino, *Digesto*, 50,1.33)— aparece en el pensamiento martiano. Martí pretendía, en resumen, una transformación de la sociedad cubana para lograr una verdadera República, en la que la participación del ciudadano fuera decisiva en las decisiones estatales, concernientes, por consiguiente, a todo el pueblo.

Si bien, como acotara VALDES LOBÁN,<sup>28</sup> la polémica contraposición entre el modelo anglosajón y el romano-latino no fue del conocimiento del apóstol y por tanto no fue objeto de su estudio ni de su sistematización teórica, doctrinal o práctica, ello no niega que Martí en algún momento como hombre de leyes y de acción revolucionaria por la fundación de una república se pudiera en contacto y profundizara en temas de la teoría del derecho público que le sirvieron de formación como jurista, pues el eje cardinal para el logro de la república democrática era el principio de la soberanía popular.

Para FERNÁNDEZ BULTÉ,<sup>29</sup> sería demasiado arriesgado afirmar que Martí abandona el modelo iuspublicístico montesquiano y se acerca al roussoniano. Pero resulta claro que abandona casi absolutamente los marcos del pensamiento liberal burgués y asume una praxis de compromiso con la independencia nacional en la que está inmersa, irremisiblemente, la asunción de una perspectiva profundamente popular, americana, indígena incluso, que se rebela contra los moldes europeizantes y también contra las tendencias de mimetismo con respecto al gran vecino del norte.

En resumen el pensamiento republicano del apóstol se asienta en los siguientes principios:<sup>30</sup>

a) La República se estructura bajo el principio irrestricto de la libertad plena del hombre como expresión de la soberanía popular.

b) La República se basa en la más amplia participación ciudadana en los asuntos del gobierno.

<sup>27</sup> José MARTÍ: «Discurso en Tampa», *Obras Completas*, t. 4, p. 270.

<sup>28</sup> Eurípides VALDÉS LOBÁN: «El constitucionalismo latino y la república martiana», *Memorias del XVIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, pp. 250-253.

<sup>29</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Estudios sobre Historia del Derecho en Cuba*, ob. cit., p. 16.

<sup>30</sup> Eurípides VALDÉS LOBÁN: «El constitucionalismo latino y la república martiana», ob. cit., pp. 250-253.

c) La República se asienta en la unidad de poder y ejercicio del mismo en cumplimiento de los más altos fines públicos y no de capas, sectores o clases sociales.

d) La misma debería surgir como resultado lógico del desarrollo del país, no pudiendo convertirse en una copia o mera traspolación de formas o modelos foráneos, ajenos o inviables en la realidad concreta del siglo XIX.

En el Manifiesto de Montecristi, firmado por Martí y Gómez el 25 de marzo de 1895, se plasmó el programa revolucionario del Partido, se afirmó la línea separatista y se fijaron las bases republicanas de lo que sería el constitucionalismo posterior de Jimaguayú y La Yaya. En el documento se reiteran los conceptos democráticos de pueblo y de República, y aunque no trazaba un esquema de gobierno, insistía en hallar «formas viables», «de sí propia nacidas», «que le aseguren en la unidad y vigor indispensable a una guerra culta, el entusiasmo de los cubanos, la confianza de los españoles y la amistad del mundo».<sup>31</sup> El mismo espíritu democrático del documento permite inferir la omisión en cuanto a una específica forma de organización gubernamental. El Manifiesto traza pautas generales y fundamentales de la República democrática, pero en obediencia al criterio democrático, evidenciaba el reconocimiento de que el acuerdo de una forma de gobierno era una función de la mayoría, más aún cuando existían diversos criterios, sobre todo en cuanto a las relaciones entre el poder civil y el poder militar. Martí y Gómez conocían perfectamente esta problemática, y prefirieron diferir para un momento posterior y más oportuno esta cuestión, aunque hacían referencia a principios democráticos y a la repulsa a la tiranía como postulados a seguir por la nueva organización política de la República de Cuba en Armas.

### **El republicanismo en Cuba desde la última década del siglo XIX y hasta la década del cincuenta del siglo XX**

Pero, José Martí, cerebro y alma de la guerra de 1895, murió apenas comenzaba la guerra. Pudo pensarse que, al morir, sucumbiría su pensamiento de un gobierno democrático para el pueblo de Cuba libre, ya que la guerra quedaba en manos de fuertes líderes militares. Pero no fue así, la labor de Martí había sido tan intensa, su prédica constante acerca de la necesidad de crear una república democrática había cavado tan hondo en las entrañas del pueblo, que aquellos de

<sup>31</sup> José MARTÍ: *Obras Completas*, t. IV, p. 93.

quienes pudo temerse que no estuvieran de acuerdo con él, fueron los primeros en mover los resortes necesarios para poner en práctica sus ideas.

En la Constitución de Jimaguayú se trataron de evitar los errores cometidos en la de Guáimaro. En la asamblea elegida al efecto había hombres del 68 que recordaban los inconvenientes de haber puesto la dirección de aquella guerra en manos de una cámara de representantes; y había hombres nuevos que deseaban evitar los peligros de que la guerra pareciera obra exclusiva de uno o varios caudillos que, al venir la paz, se enseñoreasen de la República.

Estos posibles inconvenientes se solucionaron en la Constitución de Jimaguayú, separando el mando civil del militar y depositando el poder civil en un consejo de gobierno que ejercería al propio tiempo, funciones ejecutivas y legislativas. El consejo de gobierno no tendría intervención en las operaciones militares que estarían en manos del general en jefe.<sup>32</sup>

Para FERNÁNDEZ BULTÉ,<sup>33</sup> la Constitución de Jimaguayú, en su Cláusula de Reforma, establecía la duración provisional de la misma hasta el término de dos años, pasados los cuales sin que se hubiera obtenido la independencia, debía reunirse nuevamente la Asamblea de Representantes para aprobar la continuidad de esa Constitución o la aprobación de otra nueva. Asimismo, se significaba que dicha Asamblea de Representante se convocaría antes del aludido término de dos años ante el supuesto de que se alcanzara un Tratado de Paz con España, pero únicamente sobre la base de la independencia absoluta de Cuba.

En cumplimiento del Artículo 24 de la Constitución de Jimaguayú, el Consejo de Gobierno, en sesión del 25 de octubre de 1896 convocó a la redacción de una ley electoral a la cual se ajustaría la elección de los representantes para la llamada Asamblea de Representantes, es decir, virtual asamblea constituyente que modificaría la constitución vigente o redactaría una nueva, dado que iban a transcurrir los dos años de su vigencia y aún no se había conseguido la independencia.

La Asamblea de Representantes fue electa y en función constituyente, el 29 de octubre aprobó y promulgó la nueva Constitución de La Yaya. Esta nueva Constitución, preparada con más tiempo y que disponía de la experiencia jurídica y política de las anteriores es, sin lugar a dudas, mucho más completa en el orden jurídico-constitucional. Ante todo, su articulado duplica al de la constitución de Jimaguayú, puesto que dispone de 48 artículos. Es,

<sup>32</sup> Cfr. Hortensia PICHARDO: Ob. cit, t. I, p 496.

<sup>33</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Introducción a la Constitución Cubana*, pp. 3 y 4.

además, la primera constitución mambisa que dispone de lo que se conoce en la doctrina constitucional como parte dogmática, es decir, un conjunto de preceptos o artículos en que se recogen los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los cuales se declara explícitamente el sufragio universal en su artículo décimo.<sup>34</sup>

La Guerra de Independencia que había desangrado a nuestro país durante casi medio siglo estaba francamente decidida por el triunfo inminente de nuestras tropas libertadoras, pero para evitar esa victoria se interpuso el imperialismo norteamericano.

La guerra, convertida por la intervención norteamericana en Guerra Hispano-Norteamericana-Cubana, concluyó con la suscripción del Tratado de Paz, firmado en París solo entre Estados Unidos y España. En dicho Tratado, en el que es necesario repetir que fueron excluidos los cubanos, se dispuso la renuncia por parte de España de todo derecho de poder o soberanía y propiedad sobre Cuba. El artículo primero declaraba que «España renuncia a todo derecho de soberanía y propiedad sobre Cuba».

Sin embargo, la letra del Tratado no cedía Cuba a Estados Unidos, sino que establecía una suerte de protectorado de ese país sobre el nuestro, con evidente sentido de provisionalidad y dejando implícito que se preveía la constitución de un futuro gobierno cubano independiente.

De ese modo comenzó la primera intervención norteamericana en Cuba, durante la cual se aprobó la Constitución de 1901 y a partir de ella y de la Enmienda Platt, los Estados Unidos iniciaron la primera forma de dominio neocolonial en el estadio imperialista del capitalismo. Esa Enmienda Platt era un triste documento en que quedaba plasmada la condición dependiente, semicolonial, de Cuba con respecto a Estados Unidos. Algunos de los preceptos de aquel documento que se convirtió en Apéndice de la Constitución de 1901 eran verdaderamente denigrantes para la soberanía popular y la dignidad del pueblo cubano.<sup>35</sup>

En concordancia con BULTÉ,<sup>36</sup> en el plano iuspublicístico la Constitución se apegó al modelo defendido por Montesquieu, es decir, el modelo anglosajón, fundado en la representación y la tripartición de poderes. Es claro que su modelo antagónico, el roussoniano, que había sido derrotado en la revolución francesa, no tenía influencia

<sup>34</sup> Hortensia PICHARDO: Ob. cit, t. I, p. 502.

<sup>35</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Introducción a la Constitución Cubana*, p. 7.

<sup>36</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: «Inspiración, contenido y significado de la Constitución de 1901». Conferencia en la Sala Fray Bartolomé de las Casas, pp. 16 y 17.



importante ni siquiera significativa en aquellos contextos de nuestra Convención. De ahí que no hubiera ni siquiera vacilaciones en asumir la tripartición de poderes entre el ejecutivo, esencialmente presidencial, el legislativo, que como veremos se copia de los Estados Unidos y el judicial.

Sin embargo, es necesario consignar que no obstante esa adhesión al modelo de Montesquieu, la Constitución declara que la soberanía pertenece al pueblo y que de él dimanen los poderes públicos. Asimismo se asume la elección directa de todos los cargos, salvo los de presidente, vicepresidente y los senadores, los cuales se eligen en votación de segundo grado. Sin embargo, es esa la única facultad atribuida al pueblo para la intervención en el ejercicio del poder ya que dicho texto constitucional solo reconoce la iniciativa estatal en la formación de las leyes en su artículo 61, pautando que la iniciativa legislativa se ejercerá por cada uno de los Cuerpos Colegisladores indistintamente.

El modelo implantado por la Constitución de 1901 no diseñó suficientes vías de participación que implicaran la posibilidad real de la ciudadanía de tomar parte en persona en los procesos formales de toma de decisiones. La Constitución cubana de 1940 vendría a ser, por tanto, elemento mitigador de las insuficiencias y contradicciones del sistema representativo que invariablemente desembocó en condiciones de no identificación de los representantes con los representados, no solo en Cuba sino en el resto de Latinoamérica.

Parafraseando a AGUIAR DE LUQUE,<sup>37</sup> considero, *mutatis mutandi*, que la Constitución Cubana de 1940 estableció por primera vez en América Latina vías alternativas, republicanas y no oligárquicas de participación del ciudadano en procesos colectivos de decisión de muy heterogéneo ámbito, que sin renunciar a la democracia directa, ni a la utilización de institutos representativos legados por el constitucionalismo precedente, reducen de facto el monopolio de la vida política ostentado por la clase política profesionalizada.<sup>38</sup> Tal es así que el texto reconoce los siguientes principios y mecanismos:

<sup>37</sup> Aguiar DE LUQUE: *Democracia directa y Estado constitucional*, EDERSA, Madrid, 1977, p. 70.

<sup>38</sup> Max WEBER y Joseph SCHUMPETER fueron los primeros exponentes de la teoría elitista de la democracia, a quienes les seguiría en la década del 50 del siglo XX el cientista norteamericano Robert Dahl. Todos compartían una concepción de la vida política en la que había poco margen para la participación democrática. Sus obras tienden a afirmar un concepto muy restrictivo de la democracia concibiendo ésta como un medio para escoger a los encargados de adoptar las decisiones y para limitar sus excesos. Para WEBER el electorado era en general incapaz de

. Cuba es un Estado independiente y soberano organizado como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana (Artículo 1).

. La soberanía reside en el pueblo y de este dimanán todos los poderes públicos (Artículo 2).

. La soberanía popular se expresa a través de los siguientes procedimientos:

- Referendo nacional: origen estatal y carácter decisivo de sus resultados (Artículo 98).
- Referendo municipal: origen estatal y carácter decisivo (Artículo 219 d).
- Iniciativa legislativa popular: Se les confería la facultad a diez mil ciudadanos, por lo menos, que tengan la condición de electores. Origen popular pero mediada por la valoración de los cuerpos colegisladores (Artículo 135 f).
- Iniciativa popular normativa a nivel municipal. Se concedía el derecho de iniciativa a un tanto por ciento de los ciudadanos del municipio, para proponer acuerdos al Ayuntamiento. Si estos rechazaren la iniciativa o no resolvieren sobre ella, deberán someterla a la consulta popular mediante referendo para que la ciudadanía decida sobre la pertinencia del proyecto. Origen popular carácter decisivo.
- Revocación del mandato político contra los gobernantes locales convocado por un tanto por ciento de los electores del Municipio, en la forma que la Ley determine. Origen popular y carácter decisivo.<sup>39</sup>

Fue, en síntesis, una Constitución republicana-democrática, aún burguesa, pero avanzada, progresista, la más avanzada de América en esos momentos. Sin embargo, fue evidentemente pormenorizada y paradójicamente dejó la regulación de muchas de sus preceptivas a posteriores leyes complementarias que nunca llegaron a promulgarse, lo que hizo de ella una Constitución frustrada, llena de expectativas y esperanzas incumplidas.<sup>40</sup>

discriminar entre políticas y únicamente capaz de hacer algún tipo de elección entre posibles líderes. Por lo tanto describe la democracia como un terreno de prueba para los líderes potenciales. La democracia es como el mercado un mecanismo institucional para eliminar a los más débiles y para establecer a los más competentes en la lucha competitiva por los votos y el poder. Para mayor información, ver Max WEBER: *Economía y Sociedad*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1971, t. I, p. 70.

<sup>39</sup> El articulado fue tomado de Hortensia PICHARDO, ob. cit.

<sup>40</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, ob. cit, p. 298.

En el Programa del Moncada se había establecido claramente, como uno de los objetivos inmediatos de la revolución triunfante, la restauración de la Constitución de 1940, y comprobamos cómo tan temprano, como en el mes de febrero de 1959, se aprueba por el poder revolucionario, un nuevo texto constitucional denominado Ley Fundamental.

La etapa democrático revolucionaria, antiimperialista y agraria de la Revolución da lugar a la nueva Constitución, fue la reproducción del texto de 1940, especialmente en su parte dogmática. Sin embargo, en la parte orgánica se introdujeron algunos cambios sustanciales: el antiguo Poder Legislativo pasó al Consejo de Ministros, que a su vez constituía, junto al presidente de la República y el primer ministro, (cargo que se mantuvo) el Ejecutivo de la nación. Otras reformas se refirieron a la estructura de los Tribunales y, especialmente a la modificación del Artículo 24 de la Constitución del 40, en cuanto que ahora se franqueaba la posibilidad de procesos de expropiación sin previa indemnización, lo cual era un prerrequisito esencial para posibilitar el cumplimiento del elemento cardinal del aludido Programa del Moncada, esto es, la realización de una raigal reforma agraria.<sup>41</sup>

Desde el punto de vista de la participación del ciudadano en el gobierno de la República, que es el objetivo central de este estudio, mantuvo el principio de soberanía popular concretado en instituciones tales como el referendo nacional con origen estatal y carácter decisivo (Artículo 98); la iniciativa legislativa popular (Artículo 122 inciso e) e introdujo el referendo municipal con origen popular y carácter decisivo en materia de segregación del territorio en dicho nivel (Artículo 188).

### **A modo de conclusión**

El pensamiento jurídico moderno, al adentrarse en las ideas del llamado Derecho Público, no puede trascender a la interpretación jurisprudencial, ya sea en clave liberal o en clave democrática, de las instituciones, ideas y legislaciones que la determinan y expresan. Dentro de estas concepciones hay que destacar aquella que sostiene que entre los principios de una república democrática perfectible, está la participación popular en la formación de la voluntad estatal como garantía esencial de la misma. Esas ideas hunden sus raíces en el modelo republicano democrático antiguo, especialmente el romano, cuya interpretación rousseauiana está presente en los

<sup>41</sup> Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Introducción a la Constitución Cubana*, p. 10.

orígenes del pensamiento democrático latinoamericano y cubano. El ideario rousseaiano, considerado como uno de los antecedentes del democratismo revolucionario que comenzó a expresarse ya en los días de la Revolución Francesa, en tanto expresión de los intereses de capas y clases explotadas que tomaron parte en el proceso, comenzó a abrirse paso en Latinoamérica y en Cuba en el propio transcurso de las luchas por la liberación nacional. Las figuras más importantes del democratismo revolucionario en América Latina fueron Simón Bolívar y José Martí.

A casi doscientos años de la independencia latinoamericana, no escapa la importancia de que América se proclamó en mayoría republicana, y todo ello obligó a la radicalización del pensamiento en torno a la libertad en el sentido más supremo, por lo tanto la vuelta a Rousseau, la vuelta a grandes pensadores franceses, el estudio de las fuentes del Derecho Romano y de los referentes republicanos de la Revolución de las trece colonias, de la primera república francesa y de la constitución jacobina de 1793, estuvieron presentes en las discusiones políticas suscitadas durante la formación de las primeras naciones latinoamericanas. En el caso particular del proceso independentista de Cuba en el siglo decimonónico, el mismo estuvo asociado a una forma republicana «La República en Armas», una república que también tenía como propósito abolir la esclavitud, no solo una modernización desde el punto de vista de la forma de gobierno, sino una profundización en el sentido de las demandas sociales de una época. El cierre de este ideal republicano en el siglo XIX cubano, hallaría su esencia en la figura cimera de José Martí, que toma lo anterior con una dimensión más amplia de una «república con todos y para el bien de todos» en tiempos en que ya asomaban los intereses del imperialismo norteamericano.

La recepción del Derecho Romano en Latinoamérica en sede de Derecho Público se fundamenta hoy, por tanto, en la unidad del sistema romanista a partir de las aportaciones de los principios del republicanismo romano-latino que estuvieron presentes con gran fuerza en algunos proyectos y más limitadamente, en algunas realizaciones constitucionales durante las luchas por la independencia en América.

**Asociativismo municipal: la visión romanista  
de su lugar en el modelo republicano.  
paralelismos con la concepción del profesor  
Francisco Carrera Jústiz**

Orisel HERNÁNDEZ AGUILAR<sup>1</sup>

**Introducción**

El municipio es una de las instituciones públicas de mayor importancia dentro de la vida de cualquier sociedad debido a su destacada trayectoria en la difusión de prácticas democráticas y por la responsabilidad que le corresponde en la defensa y garantía de la calidad de vida de su comunidad. Las prácticas asociativas entre estos no son una creación reciente toda vez que, a lo largo de la historia de la institución municipal, han existido experiencias diversas que van desde Roma, pasando por las hermandades hispánicas, las asociaciones y comunidades de Ayuntamientos de la época colonial, hasta llegar a las experiencias más recientes que presentan una amplia gama de opciones en cuanto a formas y finalidades.

El acercamiento hoy al tema del asociativismo supone la novedad de enfrentar un enfoque de la institucionalidad, donde «un gobierno en red, horizontal y concertador, apueste por un protagonismo en el marco de una visión integral de desarrollo».<sup>2</sup>

Aunque el asociativismo ofrece importantes posibilidades de desarrollo, en la actualidad se trata de un proceso no exento de limitaciones y anomalías, a pesar de que su concepción lo eleva a la categoría de dinamizador de determinadas formas de actuación política altamente deseables para cualquier sociedad.

De ahí la necesidad de indagar en sus orígenes para precisar sus aspectos más generales y las dinámicas que genera en su desarrollo. Particularmente, en el ámbito cubano, pueden adicionarse otras dos razones para justificar el interés por su estudio, en primer término,

<sup>1</sup> Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad de La Habana. Profesora de Historia General del Estado y el Derecho y Derecho Romano, Departamento de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, Cuba.

<sup>2</sup> ITDG, OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA, PERÚ: *El asociativismo municipal como innovación institucional y estrategia para la gobernabilidad democrática y la planificación concertada del desarrollo en áreas rurales: experiencias en Perú, Ecuador y Bolivia*, p. 3-4.

una de las más importantes figuras —sino la más—, defensora de las relaciones intermunicipales fue un cubano, Ruiz de Lugo Viña, y en segundo lugar porque, aunque no es una institución conocida o destacada dentro de la historia municipal cubana, en la actualidad puede resultar viable y prometedora dentro de los cambios que se anuncian y esperan en materia de organización de nuestros municipios.<sup>3</sup>

### **Roma: República federada, democrática y asociativa**

El eje central de la exposición que se desarrolla *infra* es la peculiar y necesaria conexión que se da en la estructura del modelo constitucional romano entre las categorías república, democracia y asociativismo municipal. Se trata de una pretensión ambiciosa dada la complejidad de cada una de las referidas instituciones y por el carácter de sistema que reviste el conjunto de las relaciones en que se articulan dentro del modelo constitucional. Precisamente, consciente de dicha complejidad he optado por referir un solo criterio de autor, buscando simplificar, al menos en ese sentido, las dificultades.

La razón por la que se ha seleccionado al profesor LOBRANO radica en que, como romanista, en su obra ha sistematizado, con sobrada suficiencia, las fuentes y la doctrina más importante sobre el tema, convirtiéndola en un claro y serio referente a la hora de abordar los elementos básicos del modelo constitucional romano.

La primera cuestión de fondo a tratar debe ser el porqué esta historia comienza precisamente por Roma. La razón estriba en que, aunque el objeto de interés esté relacionado directamente a la vida local, va más allá de la existencia de una comunidad aislada como puede ser la polis, extendiéndose al campo de la integración entre comunidades, donde radica precisamente el elemento novedoso y particular del aporte romano a la materia.

Aunque los romanos, como TITO LIVIO y CICERÓN, y los romanistas reconocen la contribución que hizo la cultura griega<sup>4</sup> a la concepción romana de la república reconocen en esta última verdaderas características propias<sup>5</sup> que le permiten superar a su

<sup>3</sup>Cfr. VI CONGRESO DEL PARTIDO COMUNISTA DE CUBA: Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, en <http://www.prensa-latina.cu/Dossiers/LineamientosVICongresoPCC.pdf>

<sup>4</sup> «L'elemento essenziale del contributo greco risiede nella "scoperta" geniale [...] della politeia democrática [...] anzi della nocività dei "capi" [...]». G. LOBRANO, TITO LIVIO: *Storia di Roma, Prima Deca*, Casa Editrice dell'Università della Cina de Scienze Politiche e Giurisprudenza, Pechino, 2009, p. 4.

<sup>5</sup> «[...] la differenza di fondo tra la esperienza politica greca e la esperienza giuridico-pubblicistica romana, precisamente, nel passaggio "dallo Stato-città allo Stato municipale"» G. LOBRANO: *Tito...*, ob. cit., p. 16.

predecesora, constituyéndola en «[...] la affermazione e il consolidamento della democrazia per mezzo di apposita «tecnologia» giuridica».<sup>6</sup>

Esta «tecnología» jurídica está dada por el contrato de sociedad que precisamente dota a la república de un carácter específico respecto a la democracia al conferirle una naturaleza societaria.

La sociedad, en palabras de LOBRANO:

*[...] estende e chiunqu la relazione di fraternitas<sup>7</sup> ed è caratterizzata: dalla titolarità per cuote – parti del patrimonio comune da parte di ciascun membro della comunità; dalla desicione de la sua utilizzazione da parte della comunità riunita in assemblea («populus collegii», «plebs collegii»); dalla delegata della esecuzione (una volta risolti dai quiristi una serie di problema connessi al principio della non rappresentazione della volontà) a uno o più magister/magistri, il cui statuto-tipo è la servitus (in aliena potestate esse) rispetto ai membri della societas; dalla integrazione dei magistri con i «defensores»; dalla organizzazione dei soci più autorevoli nel consiglio ristretto dei decuriones.<sup>8</sup>*

Este es el elemento clave para comprender la naturaleza de las relaciones que se dan en el modelo constitucional y social romano como veremos seguidamente.

*República implica asociatividad: entre ciudadanos y municipios*

En el orden cronológico que explica el surgimiento de la república, y de la sociedad romana en general «Il primo elemento è la creazione della nuova comunità pubblica attraverso la “fondazione” dell’urbs [...]».<sup>9</sup> Con ello se queda delimitado el espacio territorial donde se desenvolverá, por excelencia, la vida pública romana.

*Il secondo elemento è la non-indigenità e non-nazionalità del popolo stesso. [...] La unità è il frutto della libera convergenza di uomini nella urbs [...] in virtù del diritto di asilo. [...] Inmediatamente dopo l’asylum, alla costituzione de populus concorrono du nuovi strumenti: il conubium (esogamico: rapimento delle spose sabine) e il foedus conseguente [...].<sup>10</sup>*

Al integrarse el elemento humano cobra significado la forma en que se organizan las relaciones entre sus miembros. Es en este punto donde se desarrolla, en primera instancia, la institución del contrato de sociedad a fin de ordenar, para el bien y prosperidad común, las relaciones que se derivan de la vida en colectivo.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>7</sup> Propia del «consorcio arcaico», Cfr. G. LOBRANO: *Tito...*, ob. cit., p. 5.

<sup>8</sup> G. LOBRANO: *Tito...*, ob. cit., p. 5.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 9.

En esta ordenación de la sociedad se da en primer lugar la «sociedad» ente los ciudadanos de la misma *urbs*. Como consecuencia misma de ella y de sus exigencias de intercambio se crean relaciones con otras, comenzando por las más próximas, geográfica y culturalmente.

El desarrollo progresivo de este último tipo de relaciones provoca la aparición de «[...] il terzo elemento [qui] è – dunque – la struttura societaria multi-livellare. Il popolo è formato di cives, ma questi cives sono aggregati in gruppi di natura societaria e disposti come in una serie di cerchi via via piú ampi, dei quali il primo è quello familiare».<sup>11</sup>

Estas relaciones se fueron haciendo más estrechas, creando, entre las comunidades, un vínculo también de naturaleza societario.

*La «democracia» causa y fin de la república de municipios*

La razón por la que estas relaciones se van convirtiendo cada vez en más próximas está dada por la necesidad de mantener la forma anterior de hacer la vida en común dentro de un mundo más amplio de relaciones, en el que se incluyen cada vez poblaciones más diversas y distantes.

Centremos pues la atención en la forma de relacionarse de estas «sociedades» a fin de que se pueda comprender la razón de su pronta expansión y su importancia.

El pueblo que integra la ciudad es, por razón de su estructura societaria, el titular colectivo de la soberanía. Dicho poder soberano tiene un alcance bien definido en Roma, ya que «*Il discorso guiridico-repubblicano distingue tra il potere (che poi sarà chiamato “sovrano”) di comandare le leggi e il potere (che pio sarà chiamato “esecutivo” di governare) [...]»*.<sup>12</sup> De tal forma que se manifiesta «[...] prima di tutto nelle leggi<sup>13</sup> [...] nelle elezioni (dei magistrati) e nei guidizi».<sup>14</sup>

La concepción, en consecuencia, de la democracia se implementa a través de un «*processi decisionali partecipati e diffusi (cioè, nel caso delle organizzazioni pubbliche, coinvolgenti tutto il “populo dei cittadini” attraverso le sue organizzazioni interne)»*.<sup>15</sup> Es por esta razón que su forma societaria, que implica necesariamente el desarrollo democrático «*non*

<sup>11</sup> Ídem.

<sup>12</sup> G. LOBRANO: «Modelo romano e costituzionalismo latino», en *Teoria del Diritto e dello Stato. Revista Europeadi Cultura e Scienza Guiridica*, Aracne, 2007, s/n.

<sup>13</sup> Sobre las implicaciones democráticas y técnicas de la elaboración popular de las leyes. Ver G. LOBRANO: *Res publica res populi. La legg e la limitazione del potere*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, pp. 256-258.

<sup>14</sup> G. LOBRANO: *Tito...*, ob. cit., p. 12.

<sup>15</sup> G. LOBRANO: *Consiglio delle Autonomie Locali: manifestazione attuale della storia del costituzionalismo democrático. Grandi potenzialità e rischi*, versión que se encontraba en proceso de publicación, 2008, p. 2.



è né comprensibile né realizzabile fuori del proprio hábitat: [...] la república di municipi». <sup>16</sup>

Por ello, al ampliarse los marcos territoriales, hubo de recurrirse a la «[...] la invenzione – sempre repubblicana – del municipio» <sup>17</sup> a fin de mantener la esencia del sistema y dar abrigo a los nuevos territorios dentro de la misma.

*Progresión federativa: foedus–municipios*

La forma en que Roma asumió este proceso de integración, hasta conformar el modelo republicano federativo, fue aparición progresiva, <sup>18</sup> transitando del *foedus* al municipio. De tal manera que puede sostenerse que «Il municipio è non l'abandono ma il salto qualitativo in avanti della lógica federativa» <sup>19</sup> sino que existe un «sistema unico, federativo-municipale, il quale si forma attraverso una pluralità di evento ed una sequenza di fasi di approssimazione ma secondo una lógica costante». <sup>20, 21</sup>

El signo de avance en este proceso está dado por el hecho de que «[...] i municipes sono cives Romani mentre i cittadini delle città federate non lo sono». <sup>22</sup> Así pues el municipio es «una forma di sovranità e di auto-governo capace di inscrivarsi, senza snaturarsi, dentro una forma di sovrenità e di auto-governo più ampi, capace – a sua volta – di contenerla senza romperé la propria unità [...]», <sup>23</sup> o sea, «la soluzione del problema della democrazia nei grandi Stati». <sup>24</sup>

La solución adoptada por los romanos tiene su grandeza en el hecho de no representar una ruptura con su lógica institucional, ni la naturaleza de sus relaciones sino en adaptarla a las nuevas circunstancias, concibiendo que «Cada municipio es una república porque cada municipio tiene su *populus* y, entonces, su derecho» <sup>25</sup> [...]

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>17</sup> G. LOBRANO: «Modelo romano...», *ob. cit.*, s/n.

<sup>18</sup> «[...] il sostituirsi progresivo della istituzione municipale alla istituzione federativa sino alla configurazione dell'Imperio romano como sostancialmente ed esclusivamente municipale. La questione di fondo è la natura del rapporto tra *foedus* e *municipium*, tra città federate e municipi, tra sistema federativo e sistema municipale». G. LOBRANO: *Tito...*, *ob. cit.*, p. 16.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>20</sup> G. LOBRANO: «Città, municipi, cabildos», *Roma e América. Diritto Romano Comune*, Mucchi Editore, 2004, p. 176.

<sup>21</sup> Sobre la forma en que se desarrolla este proceso progresivo de municipalización, ver G. LOBRANO: «Città...», *ob. cit.*, p. 172.

<sup>22</sup> G. LOBRANO: «Città...», *ob. cit.*, p. 172.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>24</sup> G. LOBRANO: *Tito...* *ob. cit.*, p. 16.

<sup>25</sup> «La república [...] postula/implica la novedad [...] de la hipostación del pueblo: sociedad de los [universi] cives [...] que producen su propio derecho [...] por la razón [...] que lo que a todos afecta por todos tiene que ser aprobado [...]». G. LOBRANO: «Continuidad entre las “dos repúblicas” del derecho indiano y el

[por lo que] la república romana es integrada por el conjunto de las repúblicas municipales».<sup>26</sup>

La admisibilidad de la figura del contrato de sociedad para explicar la relación entre los municipios, como parte de una manifestación propia de voluntad/autonomía, y no de imposición centralismo, viene dada por el hecho de que estos devienen en tales por la propia acción de sus miembros que por medio de la Guerra Social obtiene de Roma la entrada al «populus romanus en ella respublica Romana ottenendo di diventare municipi».<sup>27</sup>

De lo antes expuesto se colige que:

. «[...] en la red de los municipios-república de repúblicas, se satisface al mismo tiempo la exigencia ineludible de crecimiento (la civitas augescens) de la constitución societaria del populus y la exigencia otro tanto ineludible de conservación de la forma específica de su “habidad” urbano»<sup>28</sup> manteniendo la forma societaria, que implica soberanía popular.<sup>29</sup>

. El «[...] municipium è la dupplice “faccia” – verso l’interno e verso l’esterno – di una lógica istituzionale única»,<sup>30</sup> es la forma que garantiza la vida democrática de la comunidad que comprende y es la forma de articular adecuadamente a la misma con la lógica del sistema romano.

. De tal forma «[...] la república è intrínsecamente federativa-associativa».<sup>31</sup>

Porello, resumiendo, se puede sostener que el modelo constitucional romano tiene en la sociedad su fundamento, en la democracia el

sistema republicano municipal del derecho romano. Formulación esquemática de una hipótesis de trabajo, en Roma e América». *Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2007, p. 21.

<sup>26</sup> G. LOBRANO: «Continuidad...», ob. cit., p. 25.

<sup>27</sup> G. LOBRANO: «Città,...», ob. cit., p. 176.

<sup>28</sup> G. LOBRANO: «Continuidad...», ob. cit., pp. 25-26.

<sup>29</sup> «Le città romane (urbs civitas) sono non soltanto [...] l’artificio fisico e istituzionale necessario nel quale e per mezzo del quale gli uomini entrano in relazione tra di loro e con il territorio, l’ambiente (il locum), costituendosi così in comunità specifica [sino que] diventano quiendi. Nel passaggio, atravésó lo strumento societario del foedus, al municipium – glie elementi costitutivi di una comunità di comunità, di una società di società; anzi – poichè ogni municipium è una respublica – diventano gli elementi costitutivi di una «república di repubbliche». [...] il municipium nepure può essere pensato se non che insieme ad altri municipia: costituente cioè – insieme ad altri municipia – una unità ed una entità superiori, non deprimendo così ma – anzi – esaltando la propria autonomia». G. LOBRANO: «Modelo romano...», ob. cit., s/n.

<sup>30</sup> G. LOBRANO: «Modelo romano...», ob. cit., s/n.

<sup>31</sup> Ídem.

contenido y en la asociación la forma necesaria para mantener los elementos anteriores dentro de un «estado» a gran escala.

A esta relación tripartita se le puede observar, con características propias, en cada uno de los momentos en que el municipio experimenta un auge, pues generalmente, por no absolutizar, trae aparejado un desenvolvimiento democrático y la creación de forma asociativas.

### **Paralelismos entre las concepciones del profesor Francisco Carrera Justiz y la visión ius-publicista romanista del municipio**

A pesar de las particularidades romanísticas de la exposición anterior, y el autor escogido como referente, debe señalarse que la tesis general de la explicación no resulta radicalmente opuesta a la más excelsa elaboración municipalista patria pues en la obra de CARRERA JUSTIZ se encuentran importantes puntos de conexión con las ideas, que más adelante se exponen, defendidas por el profesor LOBRANO.

Como punto de partida CARRERA JUSTIZ concibe al municipio como una creación netamente romana. Según él «Débese al genio romano, la organización municipal, como primera cristalización de las instituciones políticas locales»<sup>32</sup> pues en «los tiempos de la Ciudad-estado, no existía el Municipio»<sup>33</sup> y precisamente «Por no haber concebido al genio griego la idea de Municipio, nunca pasó de la Ciudad-estado [...]».<sup>34</sup> Esta precisión resulta relevante pues su autoridad académica en materia municipal es indiscutible y este aspecto es, aun hoy, enfocado de manera muy distinta por numerosos autores que sientan los orígenes del municipio en Grecia, e incluso en civilizaciones anteriores.

Aunque reconoce que los municipios romanos gozaban de «una amplia autonomía»,<sup>35</sup> la circunscribe al plano administrativo. Esto se debe a la teoría centralista que sostiene sobre su función dentro de la República y el Imperio romano, pues, los considera parte de un aparato de dominación de ahí que estuviesen «más o menos sometidos á un mismo único y enérgico Poder político».<sup>36</sup>

Defiende una idea altamente democrática como base del poder estatal, según la cual el «Gobierno no es más que un apoderado del pueblo, para satisfacer a gusto del pueblo, las necesidades del pueblo mismo. Lo mismo en el Gobierno nacional o del Estado, que en el

<sup>32</sup> F. CARRERA Y JUSTIZ: *Introducción a la Historia de las Instituciones locales de Cuba*, t. I, Lib. é Imp. La Moderna Poesía, La Habana, 1905, p. 15.

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>36</sup> Ídem.

local o de la ciudad [...]. Cada funcionario del Gobierno [...] es un servidor del pueblo. Y si ejerce autoridad, si manda, no es suyo el poder, ni suya la autoridad, sino que se la ha prestado temporalmente la comunidad, el pueblo, los ciudadanos en general y cada uno en particular. Todo funcionario público es por tanto, responsable ante el pueblo».<sup>37</sup> Una vez más sorprende el profesor cubano con un enfoque democrático de tal vigor que recuerda los postulados rousseauianos<sup>38</sup> del Contrato Social cuando explicaba, elogiosamente, el modelo constitucional romano. Una prueba en el tiempo de cuanto alcance tuvieron estas ideas en sus discípulos y seguidores lo constituye la singular y amplia regulación de mecanismos participativos populares establecida en sede municipal en el texto constitucional de 1940.<sup>39</sup> No obstante, a pesar del valor que concede a la democracia y su particular concepción de los fundamentos de la misma, en su obra figuran referencias que denotan la presencia de la democracia representativa propia del pensamiento político de su contexto que no llegó a superar completamente.

Al tratar la categoría pueblo ofrece un enfoque coherente con su concepción sociológica del municipio y que armoniza, aun

<sup>37</sup> F. CARRERA JÚSTIZ: *Importancia política y sociológica de los barrios*, Cátedra de Gobierno Municipal, Imprenta y Papelería La Universal de Ruiz y Hno., La Habana, 1904, p. 5.

<sup>38</sup> «Digo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder es susceptible de ser transmitido, mas no la voluntad».

«Por la misma razón que la soberanía no es enajenable es indivisible; porque la voluntad es general o no lo es: es la del cuerpo del pueblo o solamente de una parte de él [1]. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley; en el segundo, no es sino una voluntad particular o un acto de magistratura: es, a lo más, un decreto».

J. J. ROUSSEAU: *El Contrato Social*, consultado en: <http://repo-fcsh.upr.edu.cu/Repositorios/derecho/Textuales/Libros/HGED/C.Social.pdf>, en fecha 11 de febrero de 2013.

<sup>39</sup> Los municipios, según lo dispuso la Constitución cubana de 1940, podían dotarse Carta Municipal la que debía elaborarse a petición de un 10 % del electorado y con el voto favorable de las dos terceras partes del ayuntamiento o la comisión; y ser sometida, apra su aprobación, a la consideración de los electores.(Artículo 223).

Todos los cargos municipales eran electivos y revocables a petición de un por ciento del electorado (Artículo 219 d) y 225 párrafo 2do).

Introduce por primera vez la posibilidad de convocar a referendo popular sobre determinadas cuestiones (Artículo 219 b)), siendo obligatorios en cuanto a «[...] la contratación de empréstitos, emisiones de bonos y otras operaciones de movilización del crédito municipal que, por su cuantía, obliguen al Municipio que las realiza a la creación de nuevos impuestos para responder al pago de las

con las diferencias históricas y de fondo, con la explicación societaria romanista ya que afirma que esta debe enfocarse «[...] entendiéndose por pueblo, toda la comunidad social».<sup>40</sup>

Considera a Roma un «sistema municipal»<sup>41</sup> que permite el «engranaje político entre el todo y las partes [...]»<sup>42</sup> por medio del cual «las sociedades locales organizadas para la vida colectiva [...] mantuviesen relación periódica con la sociedad central, en las que aquellas resultaron comprendidas políticamente».<sup>43</sup> De esta idea hay que diferenciar dos matices fundamentales, de un lado la comprensión sistémica y articulada del modelo político romano y, del otro, nuevamente la percepción centralista que del mismo posee el autor. El primer postulado es el que merece especial atención en esta oportunidad, ya que el segundo es reiteración de una idea tratada *supra*, en tanto pone de relieve que de partida la existencia municipal se da en un entramado de relaciones que merece la consideración de «sistema», o sea, que esta institución es consustancial a un diseño marcado por las relaciones e interrelaciones de sus elementos constitutivos.

Defiende que la finalidad de este sistema municipal es superior y distinta a la de la Ciudad-estado pues «Esta [la Ciudad-estado] imponía, por la fuerza, su autoridad, sobre cuántos otros pueblos [...] podía vencer. Y si dominaba otras ciudades, solo trataba de exigirles tributos y hombres para la guerra, saqueándolos o destruyéndolos».<sup>44</sup> Concluyendo que esta es la única forma posible para sustentar «el desenvolvimiento armónico de enormes agregados sociales, cuya estabilidad, de otro modo, ni se concibe, ni pudo, sin eso conseguirse».<sup>45</sup>

amortizaciones o pagos de dichas contrataciones» y, según el artículo 210, párrafo segundo, para lo relativo a la segregación de parte de un término municipal.

Dentro del catálogo de posibilidades participativas que establece el artículo 219 en condición de «garantía de los habitantes del término municipal respecto a sus gobernantes locales» se contempla además el derecho de iniciativa «[...] para propuesta de acuerdos [...]» (Artículo 129 c) en relación con el artículo 135 inciso f) permitiendo que en caso de rechazo de la iniciativa «[...] deberán someterla a la consulta popular mediante referendo en el Municipio [...]» (Artículo 129 c) con lo que se protege la iniciativa de un veto posible por parte de los funcionarios del gobierno local.

*Constitución de la República de Cuba de 1940*, publicada en el CD de *Memorias del IV Encuentro Internacional: Constitución Democracia y Sistemas Políticos*, celebrado en La Habana, en marzo de 2007.

<sup>40</sup> F. CARRERA JÚSTIZ: *Importancia...*, ob. cit., p. 5.

<sup>41</sup> F. CARRERA JÚSTIZ: *Introducción...*, ob. cit., p. 16.

<sup>42</sup> Ídem.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 16.

Si además seguimos el criterio sostenido por Ramiro CAPABLANCA en los debates constituyentes de 1939 de que la Ley Orgánica Municipal de 1908 «[...] [es] obra de mi ilustre maestro, el introductor de los estudios municipales en Cuba, doctor FRANCISCO CARRERA JÚSTIZ [...]»<sup>46</sup> debe atribuirse a este el crédito por introducir en ella unas posibilidades asociativas<sup>47</sup> bien delimitadas y acotadas, pero que sientan las primeras pautas al respecto en textos legales propiamente nacionales, lo que constituye el antecedente para la posterior regulación de la carta magna del 40. La introducción de esta figura jurídica es la materialización de esa vocación de sistema del municipio a que se venía aludiendo.

En este mismo texto legal aparece una regulación, referida a las facultades de los Ayuntamientos, que guarda una proximidad loable con el pensamiento romanista, pues establece que [el Ayuntamiento] «En cuanto a la moral pública y a las costumbres, ha de atender a lo que conduzca a su mejoramiento, así como a la extinción de vicios, a remediar e impedir la perversión, la prostitución, el juego, la embriaguez y la mendicidad; proteger a los inválidos, desvalidos y menesterosos, [...] y estimular la iniciativa individual, con el fin de crear instituciones morales y de beneficencia».<sup>48</sup> Esta norma recuerda el cometido moral, por su relevancia a los fines de la vida pública, de la censura romana que era «custodio de las buenas costumbres, del decoro y la limpieza moral que debía adornar la vida de un buen ciudadano [...]».<sup>49</sup>

De forma general los postulados analizados permiten afirmar que:

. Las concepciones del profesor CARRERA JÚSTIZ sobre el municipio, sus elementos, principios de funcionamiento, lugar en el diseño político y finalidad guardan importantes similitudes con las concepciones ius-publicísticas romanistas. Estas son las bases de la escuela cubana de Derecho Municipal que defendiera una amplia

<sup>46</sup> A. M. LEZCANO Y MAZÓN: *Constitución de Cuba* (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente), Ed. Cultural, La Habana, 1941, p. 184.

<sup>47</sup> «[...] asociarse para la realización de obras de cualquier naturaleza, que, en común, interesen a dos o más Municipios, designando al efecto una Comisión Mixta de dos Concejales por cada Municipio, cuyo informe se someterá oportunamente, a la resolución de cada Ayuntamiento».

Artículo 122, Ley Orgánica de los Municipios de 1908, A. VENEGAS MUIÑA y A. VENEGAS PAZOS: *Los municipios cubanos a través de la jurisprudencia*, t. I, Jesús Montero Editor, La Habana, 1947, p. 130.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>49</sup> J. FERNÁNDEZ BULTÉ: *Separata de Derecho Público Romano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 32.

autonomía y democracia municipales y reconociera la posibilidad de asociación entre municipalidades. . Los principales puntos de separación entre estas dos visiones radican en las referencias categoriales propias del Derecho Romano, la presencia de una visión del municipio en el modelo público político romano con vocación centralista y las limitaciones propias del discurso representativo dominante.

### **A modo de conclusiones**

Las ideas anteriores permiten dejar sentadas algunas reflexiones generales, entre ellas pueden destacarse que:

. El modelo de la república romana implicaba una triple relación entre soberanía (autonomía), democracia y asociativismo que nos explica una forma de construcción estatal desde abajo hacia arriba y desde la periferia hacia el centro, revelándonos además la fuerte interrelación que se da entre dichas categorías.

. El examen de las concepciones de CARRERA JUSTIZ sobre el municipio tiene importantes puntos de contacto con el pensamiento romanista al reconocer el origen romano de la institución, su desarrollo en un clima de amplia autonomía con una democracia fundada en la voluntad popular a fin de hacer funcional al municipio dentro de un sistema en el que se pretende la articulación coherente de todos sus elementos.

Esta precisamente debe ser la referencia de partida para desarrollar el perfeccionamiento, que a la luz de los Lineamientos, se abre como un reto para los municipios cubanos de forma que con ello se aprovechen todas las posibilidades existentes, incluyendo las relativas a la creación de relaciones de asociatividad intermunicipales.

## Algunos apuntes desde la ley sobre la formación del Gobierno cubano

Yumil RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ\*

Sobre el Gobierno cubano, mucho se ha escrito, pero echamos de menos uno que lo haga desde una visión normativa. Por tanto, los comentarios que siguen, tienen por objetivo delinear su conformación, a partir del estudio y revisión de los textos constitucionales y otras normativas jurídicas emitidas en nuestro país; además, se podrán apreciar los cambios fundamentales que, desde la ley, han marcado los principios funcionales y organizativos del Gobierno cubano.

Cuba, al liberarse de España, pasó a ser una neocolonia de los Estados Unidos, estatus bajo el que toma la forma de República, aunque sometida al control y dependencia de esa nación.

El primer texto constitucional cubano de ese período, fue la Constitución de 21 de febrero de 1901,<sup>1</sup> donde en esencia se establece un régimen republicano y representativo, estructurado bajo la conocida división de poderes de Montesquieu. El legislativo compuesto por un Senado y una Cámara, que juntos formaban el Congreso, el Ejecutivo y el Judicial, con cierta dependencia de los anteriores.

El Poder Ejecutivo lo representaba el presidente de la República, también lo integraba el Consejo de Secretarios.

Al inicio había seis secretarios de Despacho (Justicia y Estado; Hacienda; Agricultura; Gobernación; Instrucción Pública y Obras Públicas), lo que varía con la emisión de la Ley del Poder Ejecutivo de 1909, que fija en ocho las Secretarías de Despachos (Estado; Justicia; Gobernación; Hacienda; Obras Públicas; Agricultura, Comercio y Tabaco; Instrucción Pública y Bellas Artes y Sanidad y Beneficencia).<sup>2</sup>

\* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana, 2011). Funcionario de la Secretaría del Consejo de Estado.

<sup>1</sup> Antonio BARRERAS: *Texto de las Constituciones de Cuba (1812-1940)*, Editorial Minerva, La Habana, 1940, pp. 140-167.

<sup>2</sup> Publicada en *Gaceta Oficial*, Edición Extraordinaria de 26 de enero de 1909.



Por ésta época, también se crea la Comisión Consultiva,<sup>3</sup> con la función de estudiar, formular y proponer al Gobierno proyectos de leyes, reglamentos y resoluciones relativas a materias de interés general.<sup>4</sup>

Años después, se crean las Secretarías de Guerra y Marina (1917)<sup>5</sup> y la de Comunicaciones (1925),<sup>6</sup> que junto a las ya mencionadas eran parte del Gobierno al momento de la Reforma Constitucional de 1928,<sup>7</sup> manteniéndose casi similar, hasta el año 1933, cuando bajo el Gobierno Provisional, se instituye la Secretaría del Trabajo y se ajusta el nombre de la Secretaría de Agricultura, Comercio y Tabaco, la que en lo adelante se conocería como de Agricultura y Comercio,<sup>8</sup> proceso al que también fue sometida la mencionada Secretaría de Guerra y Marina, que cambió su denominación por el de Secretaría de Gobernación y Guerra.<sup>9</sup>

Con la promulgación de la Constitución de la República de 3 de febrero de 1934<sup>10</sup> y otras disposiciones sucesivas, también se hicieron precisiones al Poder Ejecutivo, entre las más importantes se encuentran, la inclusión dentro de sus miembros del Presidente del Consejo de Estado,<sup>11</sup> órgano que se crea por el citado texto constitucional, del Alcalde de La Habana y del Secretario de la Presidencia y del Consejo de Secretarios, así como la creación del cargo de Secretario sin Cartera.

<sup>3</sup> Decreto no. 284 de 24 de diciembre de 1906. Publicado en la *Gaceta Oficial* de 26 de diciembre de 1906.

<sup>4</sup> La Comisión Consultiva, redactó varios proyectos legislativos que posteriormente fueron promulgados por el presidente de la República, entre ellos, la Ley del Servicio Civil, puesta en vigor por Decreto no. 45 de 11 de enero de 1909, así como, la Ley del Poder Ejecutivo y el Reglamento para el gobierno de las Secretarías de Despacho del Poder Ejecutivo, aprobados por Decreto no. 78 de 12 de enero de 1909.

<sup>5</sup> Ley de 22 de julio de 1917. Publicada en *Gaceta Oficial* de 14 de julio de 1919.

<sup>6</sup> Ley de 2 de julio de 1925. Publicada en *Gaceta Oficial* de 3 de julio de 1925

<sup>7</sup> Antonio BARRERAS: Ob, cit., pp. 204 y ss.

<sup>8</sup> Decreto no. 2142 de 13 de octubre de 1933. Publicado en *Gaceta Oficial* de 30 de octubre de 1933.

<sup>9</sup> Decreto 1762 de 11 de septiembre de 1933. Publicado en *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 31 de 15 de septiembre de 1933.

<sup>10</sup> Antonio BARRERAS: Ob, cit., pp. 257 y ss.

<sup>11</sup> El Consejo de Estado, tenía entre sus principales funciones: Asesorar al presidente provisional y al Consejo de Secretarios y las demás que le estuvieren expresamente atribuidas en la Ley Constitucional o en las demás leyes o decretos-leyes que se dictaban.

El presidente de la República designaba, con la aprobación del Consejo de Secretarios, al presidente, los vicepresidentes y los secretarios del Consejo de Estado, los que juraban y tomaban posesión de sus cargos ante la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Todos estos cambios generaron que a finales de 1934, el Poder Ejecutivo estuviera conformado por el Presidente Provisional de la República; los Secretarios de Estado; de Justicia; de Gobernación; de Hacienda; de Obras Públicas; de Agricultura; de Comercio; de Trabajo; de Educación; de Sanidad y Beneficencia; de Comunicaciones; de Defensa Nacional; el Presidente del Consejo de Estado; el Alcalde Municipal de La Habana; el Secretario de la Presidencia y del Consejo de Secretarios y los Secretarios sin Cartera.

Esta estructura se mantuvo más o menos igual, durante el Gobierno Provisional, pero una vez dispuesta la vigencia integral de la Constitución de la República de 11 de junio de 1935,<sup>12</sup> en noviembre de ese propio año, se retoma la distribución de los poderes públicos similar a la Constitución de 1901.

Con el advenimiento de la Constitución de la República de 1 de julio de 1940,<sup>13</sup> el Poder Ejecutivo sigue ejercido por el Presidente de la República auxiliado por el Consejo de Ministros, fórmula que algunos han calificado como un presidencialismo moderado. También se prevé un cargo de vicepresidente y un primer ministro.

A partir de este texto constitucional se comienza a emplear los calificativos Consejo de Ministros, ministros y ministerios en sustitución de los hasta ese momento conocidos Consejo de Secretarios, Secretarios y Secretarías de Despacho, lo que entraña más que un cambio de denominación, abandonar el espíritu de constituciones anteriores, en especial de la Constitución de 1901, fiel seguidora del modelo presidencialista puro de los Estados Unidos, donde el Poder Ejecutivo lo ejerce el presidente, y los secretarios son una especie de asesores, sin que exista un Consejo de Ministros propiamente dicho.

Meses después de estar en vigor la Constitución de 1940, el Consejo de Ministros estaba conformado por el Presidente de la República, el Primer Ministro y los Ministros de Estado, Justicia, Gobernación, Hacienda, Obras Públicas, Agricultura, Comercio, Trabajo, Educación, Salubridad y Asistencia Social, Comunicaciones y Defensa Social, así como el Secretario del Consejo de Ministros y los Ministros sin Cartera. A estos se une el Ministro de Propaganda, al crearse más adelante esa institución.

Esa era la conformación del Poder Ejecutivo al momento del golpe de estado de Batista en el año 1952, quien sustituye la

<sup>12</sup> Antonio BARRERAS: Ob, cit., pp. 259 y ss.

<sup>13</sup> *Constitución de la República* de 1 de julio de 1940, Compañía Editora de Libros y Folletos. O'Reilly no. 304. La Habana, 1956.

Constitución de 1940 por los llamados Estatutos Constitucionales,<sup>14</sup> en los que se fija como aspecto novedoso, que el presidente de la República sería designado por el Consejo de Ministros.

En esta Ley, no se contemplaban los cargos de vicepresidentes y primer ministro, pero aparece el Consejo Consultivo, institución que en lo fundamental, asistía al Gobierno en materia de tratados y cuestiones económicas.

En los años sucesivos, incluso restablecida ya la Constitución de 1940, se hicieron algunos cambios en la conformación del Consejo de Ministros, esto originó que al triunfo de la Revolución Cubana en enero de 1959, el Poder Ejecutivo estuviera integrado por el presidente de la República; el primer ministro; los ministros de Estado, Justicia, Gobernación, Hacienda, Obras Públicas, Agricultura, Comercio, Trabajo, Educación, Salubridad y Asistencia Social, Comunicaciones, Defensa Nacional y el Secretario de la Presidencia, así como doce ministros sin cartera, algunos de ellos al frente de instituciones como la Comisión de Fomento Nacional y la Corporación Nacional del Transporte.

El primer presidente del Gobierno revolucionario lo fue Manuel Urrutia Lleó. Tras su renuncia en julio de 1959, es designado Osvaldo Dorticós Torrado. El Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, es nombrado primer ministro en febrero de ese propio año, en sustitución de José Miró Cardona, quien lo ocupó en los primeros meses después del triunfo.

En el año 1959, se hicieron profundos ajustes en el Gobierno, entre ellos, la creación de los ministerios de Recuperación de Bienes Malversados;<sup>15</sup> el de Ponencia y Estudios de las Leyes Revolucionarias;<sup>16</sup> el de Bienestar Social;<sup>17</sup> el de Economía;<sup>18</sup> el de las Fuerzas Armadas Revolucionarias,<sup>19</sup> y el de Relaciones Exteriores,<sup>20</sup> así como el muy relevante Instituto Nacional de Reforma Agraria,<sup>21</sup> entre otras instituciones, a los efectos de ir ajustando la estructura gubernamental a la realidad de esos momentos.

<sup>14</sup> *Ley Constitucional de la República de Cuba de 4 de abril de 1952*, Editora Continental S.A. La Habana

<sup>15</sup> Decreto no. 10 de 5 de enero de 1959. Publicado en *Proclamas y Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución*, Editorial Lex. La Habana, 1959, pp. 7 y 8. Su misión fundamental era recuperar los bienes de cualquier clase sustraídos al Patrimonio Nacional y lograr el reintegro total del producto de los enriquecimientos ilícitos obtenidos al amparo del Poder Público y en detrimento de dicho patrimonio.

<sup>16</sup> Ley no. 24 de 23 de enero de 1959. *Gaceta Oficial* de 26 de enero de 1959.

<sup>17</sup> Ley no. 49 de 6 de febrero de 1959. *Gaceta Oficial* de 9 de febrero de 1959.

<sup>18</sup> Ley no. 219 de 10 de abril de 1959. *Gaceta Oficial* de 14 de abril de 1959.

<sup>19</sup> Ley no. 600 de 16 de octubre de 1959. *Gaceta Oficial* de 17 de octubre de 1959.

<sup>20</sup> Ley no. 663 de 23 de diciembre de 1959. *Gaceta Oficial* de 23 de diciembre de 1959.

En este período fue aprobada la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959,<sup>22</sup> que sustituye la Constitución de 1940, y donde se define al Consejo de Ministros como máximo órgano legislativo, ejecutivo y con facultad constituyente.

En lo adelante, a medida que se fue consolidando el Poder Revolucionario, se fueron implementando otros cambios. Entre los años 1960 y 1975, se crearon un grupo de instituciones de gran importancia para el país, como la Junta Central de Planificación,<sup>23</sup> el Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación (INDER),<sup>24</sup> los ministerios de Salud Pública,<sup>25</sup> de Industrias,<sup>26</sup> de Comercio Interior y Exterior,<sup>27</sup> del Interior, en sustitución del antiguo Ministerio de Gobernación,<sup>28</sup> así como los de la Construcción,<sup>29</sup> del Azúcar,<sup>30</sup> de la Industria Alimenticia,<sup>31</sup> de la Industria Básica,<sup>32</sup> de la Industria Eléctrica,<sup>33</sup> de la Industria Sideromecánica,<sup>34</sup> entre otros.

Del mismo modo, se extinguieron un grupo de organismos con la finalidad de ir atemperando el entramado gubernamental a las exigencias de la época, entre ellos, los Ministerios de Recuperación de Bienes Malversados,<sup>35</sup> de Bienestar Social,<sup>36</sup> de Industria<sup>37</sup> y de la Industria Básica.<sup>38</sup>

Importante resulta en este período, la creación de las JUCEI (Junta de Coordinación, Ejecución e Inspección) que tuvieron su origen

<sup>21</sup> Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959. Publicada en *Gaceta Oficial* el 3 de julio de 1959. El Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) como entidad autónoma, tenía entre sus principales funciones: Realizar estudios e investigaciones agrarias; determinar las zonas de desarrollo agrario; coordinar las campañas de mejoramiento de las condiciones de vivienda, salubridad y educación de la población rural, y dirigir la entrega de la tierra y títulos a sus propietarios. El Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, fue designado su presidente.

<sup>22</sup> *Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959*, Editorial Lex, La Habana, 1950.

<sup>23</sup> Ley no. 757 de 11 de marzo de 1960. *Gaceta Oficial* de 14 de mayo de 1960.

<sup>24</sup> Ley no.936 de 23 de febrero de 1961. *Gaceta Oficial* de 23 de febrero de 1961.

<sup>25</sup> Ley no. 717 de 22 de enero de 1960. *Gaceta Oficial* de 26 de enero de 1960.

<sup>26</sup> Ley no.932 de 23 de febrero de 1961. *Gaceta Oficial* de 23 de febrero de 1961.

<sup>27</sup> Leyes no. 933 y 934 de 23 de febrero de 1961. *Gaceta Oficial* de 23 de febrero de 1961.

<sup>28</sup> Ley no. 940 de 6 de junio de 1961. *Gaceta Oficial* de 6 de junio de 1961.

<sup>29</sup> Ley no. 1109 de 23 de mayo de 1963. *Gaceta Oficial* de 24 de mayo de 1963.

<sup>30</sup> Ley no.1159 de 2 de febrero de 1964. *Gaceta Oficial* de 3 de julio de 1964.

<sup>31</sup> Ley no. 1185 de 27 de octubre de 1965. *Gaceta Oficial* de 29 de octubre de 1965.

<sup>32</sup> Ley no. 1208 de 7 de junio de 1967. *Gaceta Oficial* de 8 de julio de 1967.

<sup>33</sup> Ley no. 1283 de 26 de diciembre de 1974. *Gaceta Oficial* de 30 de diciembre de 1974.

<sup>34</sup> Ley no. 1282 de 26 de diciembre de 1974. *Gaceta Oficial* de 30 de diciembre de 1974.

<sup>35</sup> Ley no. 760 de 17 de marzo de 1960. *Gaceta Oficial* de 17 de marzo de 1960.

<sup>36</sup> Ley no. 958 de 1 de agosto de 1961. *Gaceta Oficial* de 3 de agosto de 1961.

<sup>37</sup> Ley no. 1212 de 7 de junio de 1967. *Gaceta Oficial* de 8 de junio de 1967.

<sup>38</sup> Ley no. 1286 de 26 de diciembre de 1974. *Gaceta Oficial* de 30 de diciembre de 1974.

en el territorio de la antigua provincia de Oriente, en los primeros meses del año 1961. Esas estructuras surgieron como creación de la propia práctica del poder del pueblo revolucionario.<sup>39</sup>

Tampoco podemos dejar de destacar el Acuerdo del Buró Político del Partido Comunista de Cuba, refrendado por el Consejo de Ministros, el 24 de noviembre de 1972,<sup>40</sup> mediante el que se crea el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, integrado en un primer momento por el primer ministro, Fidel Castro Ruz, y algunos viceprimeros ministros.

Es de destacar en esa disposición, la división que establece por sectores para una mejor coordinación y dirección de los organismos centrales del Estado, al frente de cada cual se designó un viceprimer ministro.

Estas transformaciones a lo largo de estos años, incidieron en que el Consejo de Ministros a finales del año 1975, estuviera conformado por el presidente de la República; el primer ministro (presidía el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros), un primer viceprimer ministro (a la vez ministro de las Fuerzas Armadas Revolucionarias), siete viceprimeros ministros y los ministros del Interior; de Industria de Materiales de la Construcción; de Construcción Industrial; de Comunicaciones; de Transporte; el de Marina Mercante y Puertos; el de Industria Ligera; el de Industria Alimenticia; el de Comercio Interior; el de Trabajo; el de Comercio Exterior; el de Relaciones Exteriores; el de Justicia; el de Industria Azucarera; el de Salud Pública; el de Educación; el de Minería y Geología; el de la Industria Sideromecánica; de la Industria Eléctrica y de la Industria Química, así como los presidentes del Instituto Nacional de Reforma Agraria;

<sup>39</sup> Las JUCEI estuvieron constituidas a nivel de provincia, región y municipio. Contaban con un Congreso a cada nivel, en el que estaban presentes delegados de todos los sectores estatales, organizaciones y otros organismos de masas, etcétera. Asimismo contaba con un Pleno, que sesionaba por lo menos una vez cada dos meses o más según fuere necesario. Existía también un organismo ejecutivo, que era denominado «Comité Permanente». Este organismo se reunía como mínimo cada quince días y en él estaban representados los organismos y organizaciones más importantes de la demarcación territorial, con una integración de 12 miembros como promedio y en algunos casos hasta 14, con la condición de miembros activos. De ese Comité Permanente con carácter ejecutivo formaban parte con carácter profesional un Presidente, un Vicepresidente y un Secretario. Como el Comité Permanente no podía estar reuniéndose todos los días, el Secretario era quien se ocupaba de atender las cuestiones cotidianas, Fabio Raimundo TORRADO: «Algunos apuntes sobre la organización administrativa y de gobierno en las provincias Artemisa y Mayabeque y sus respectivos municipios», revista *Bohemia* de 1ro. y 15 de julio de 2011.

<sup>40</sup> Publicado en el *Periódico Granma* el 25 de noviembre de 1972.

del Banco Nacional de Cuba; de la Junta Central de Planificación; del Instituto Nacional de la Pesca; de la Comisión de Colaboración Económica Científico-Técnica; del Consejo Nacional de Desarrollo de Edificaciones Sociales y Agropecuarias (DESA); del Consejo Nacional de Desarrollo Agropecuario del país (DAP) y el Secretario de la Presidencia y del Consejo de Ministros.

Posteriormente, con la aprobación de la actual Constitución de la República el 24 de febrero de 1976,<sup>41</sup> se introduce un cambio sustancial en la forma de Gobierno.

En ella se instituye a la Asamblea Nacional del Poder Popular como el órgano supremo del Estado, representada mientras no estuviera sesionando por el Consejo de Estado.

Se define al Consejo de Ministros como el Gobierno de la República, y se deja a la ley, la definición del número, denominación y funciones de los Ministerios y organismos centrales que integrarían el Consejo de Ministros.

Del mismo modo, se precisa que el Consejo de Ministros está integrado por el jefe de Estado y de Gobierno, que es su presidente, el primer vicepresidente, los vicepresidentes, el presidente de la Junta Central de Planificación, los ministros, el secretario y los demás miembros que determine la ley.

Define además, que el presidente, el primer vicepresidente y los vicepresidentes del Consejo de Ministros integran su Comité Ejecutivo, con la facultad de en casos de urgencia decidir sobre las cuestiones atribuidas al Consejo de Ministros.

A raíz de todos estos cambios se elige al Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz como presidente del Consejo de Estado y jefe de Gobierno, y al General de Ejército Raúl Castro Ruz como primer vicepresidente de esos órganos.

Estos nuevos postulados constitucionales, junto a otras precisiones que introduce el citado texto constitucional respecto al Gobierno, determinan que el Consejo de Ministros durante el período de Tránsito Constitucional, dictara la Ley no. 1323, de 30 de noviembre de 1976, denominada «Ley de Organización de la Administración Central del Estado»,<sup>42</sup> con el objetivo de ajustar el aparato administrativo a los nuevos postulados constitucionales.

Esta Ley, dio un mayor desarrollo a las regulaciones sobre el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, entre ellas, la relativa

<sup>41</sup> *Constitución de la República de Cuba*, editada por el Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1976.

<sup>42</sup> Publicada en *Gaceta Oficial* de 1ro. de diciembre de 1976.

a la atribución de sus integrantes respecto a la orientación, control y coordinación de la labor de los organismos de la Administración Central del Estado.

Establece la clasificación de los organismos de la Administración del Estado en Comités Estatales, Ministerios e Institutos, reconociendo bajo esas categorías 11 Comités Estatales, 24 Ministerios y 10 Institutos.

Se reconocían con la denominación de Comités Estatales, la Junta Central de Planificación, y los Comités Estatales de Abastecimiento Técnico Material, de Ciencia y Técnica, de Colaboración Económica, de la Construcción, de Estadística, de Finanzas, de Normalización, de Precios, de Trabajo y Seguridad Social, y el Banco Nacional de Cuba.

Por su parte, se consideraban como ministerios, el de Agricultura, de Comercio Exterior, de Comercio Interior, de Comunicaciones, de la Construcción, de Cultura, de Educación, de Educación Superior, de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, de la Industria Alimenticia, de la Industria Azucarera, de la Industria Eléctrica, de la Industria Ligera, de la Industria de Materiales de Construcción, de la Industria Pesquera, de la Industria Química, de la Industria Sideromecánica, del Interior, de Justicia, de Minería y Geología, de Relaciones Exteriores, de Salud Pública, de Transporte, y la Academia de Ciencias.

Mientras se identificaban como Institutos, el de Hidrografía, el de Investigaciones y Orientación de la Demanda Interna, el de Radio y Televisión, el de la Infancia, el de Deportes, Educación Física y Recreación, el de Desarrollo y Aprovechamiento Forestales, el de Sistemas Automatizados y Técnicas de Computación y el Nacional de Turismo.

Adicionalmente se estableció un sistema de órganos denominado «Arbitraje Estatal» (constituía un sistema de órganos especiales de la Administración Central del Estado), el cual funcionaba a nivel nacional, con la función principal de dirimir los conflictos que en materia de contratación económica surgieran entre empresas y organismos.

Igualmente, en la citada norma se mantuvo la división en sectores para la atención a los organismos gubernamentales, y dispuso la extinción de un grupo de instituciones, entre las que se encontraban el Instituto Nacional de Reforma Agraria, el Ministerio de Marina Mercante y de Puertos, el Ministerio del Trabajo y el Instituto Nacional de la Pesca

La Ley no. 1323 de 1976, a pesar de algunas modificaciones posteriores, cuando al número de organismos de la Administración

Central del Estado, se mantuvo vigente hasta finales del año 1982 y principios de 1983, cuando se produjeron diversos análisis dirigidos a su modificación en aras de introducir precisiones y desarrollar algunos contenidos tratados escuetamente en la misma.

Esto trajo como resultado que el 19 de abril de 1983, se emitiera el Decreto-Ley no. 67 «De Organización de la Administración Central del Estado»,<sup>43</sup> que derogó la citada Ley no. 1323.

En esta nueva disposición, se mantuvo en esencia las regulaciones anteriores en cuanto a la integración, organización y funcionamiento del Consejo de Ministros.

No obstante, con el objetivo de seguir perfeccionando la conformación del Gobierno, se hizo una actualización de los organismos de la Administración Central del Estado, en la que se incluyeron la Junta Central de Planificación, los Comité Estatales de Abastecimiento Técnico-Material, de Colaboración Económica, de Estadísticas, de Finanzas, de Normalización, de Precios, de Trabajo y Seguridad Social, la Academia de Ciencias de Cuba, los Ministerios del Azúcar, de la Agricultura, del Comercio Exterior e Interior, de Comunicaciones, de la Construcción, de Cultura, de Educación, de Educación Superior, de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, de la Industria Alimenticia, de la Industria Básica, de la Industria Ligera, de la Industria de Materiales de Construcción, de la Industria Pesquera, de la Industria Sideromecánica, del Interior, de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Salud Pública, de Transporte, y los Institutos de Aeronáutica Civil de Cuba, de Investigaciones y Orientaciones de la Demanda Interna, de Radio y Televisión, de Deportes, Educación Física y Recreación, de Sistemas Automatizados y Técnicas de Computación y del Turismo.

En los años siguientes, salvo algunas precisiones, la situación legal del Consejo de Ministros se mantuvo sin modificaciones sustanciales, hasta la Reforma Constitucional de 1992, en la que se introdujeron algunos cambios en correspondencia al proceso de perfeccionamiento del Estado, y para dar cumplimiento a las recomendaciones del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba.

En relación con el contenido de nuestro trabajo, las reformas se advierten en la integración del Comité Ejecutivo del Consejo

<sup>43</sup> Decreto Ley no. 67 «De Organización de la Administración Central del Estado», de 19 de abril de 1983. Editado por el órgano de Divulgación del Ministerio de Justicia, Segunda edición, La Habana, 1967. Este Decreto-Ley, fue modificado por el Decreto-Ley no. 79 de 28 de marzo de 1984, a los efectos de ajustar las atribuciones y funciones del Ministerio de la Agricultura y del Ministerio de la Industria Alimenticia.



de Ministros, al disponerse que otros miembros del Consejo de Ministros que determinara el presidente pudieran integrarlo, y que ese órgano estuviera autorizado a decidir sobre cuestiones atribuidas al Consejo de Ministros, durante los periodos que mediaran entre sus reuniones.

En ese sentido, según el artículo 97 de la Constitución reformada: «El Presidente, el Primer Vicepresidente, los Vicepresidentes y otros miembros del Consejo de Ministros que determine el Presidente, integran su Comité Ejecutivo.

El Comité Ejecutivo puede decidir sobre cuestiones atribuidas al Consejo de Ministros, durante los períodos que median entre una y otra de sus reuniones».

De esa manera, ya el Secretario del Consejo de Ministros, que era miembro de este órgano, podía ser incluido como miembro del Comité Ejecutivo, por decisión del Presidente, así como se amplió el marco de decisión para casos en que no existieran situaciones de urgencia, ajustándolo más a la práctica que se venía siguiendo.

Otro cambio sustancial en la organización de la Administración del Estado, lo origina más adelante el Decreto-Ley no. 147 «De la Reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado», de 21 de abril de 1994.<sup>44</sup>

El objetivo fundamental de esa norma fue reducir y adecuar la integración de la Administración Central del Estado a las condiciones reinantes en aquellos momentos de Período Especial.

Mediante ella, se extinguieron, se adscribieron y se cambió la denominación a varios organismos de la Administración Central del Estado.

Entre las cuestiones más significativas se encuentran, la extinción de los Comité Estatales, de la Junta Central de Planificación, y la creación de ministerios como el de Economía y Planificación, Finanzas y Precios, el de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, entre otros.

Este proceso arrojó que finalmente se definieran como organismos de la Administración Central del Estado, los ministerios del Azúcar, de la Agricultura, de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, de Comercio Exterior e Interior, de Comunicaciones, de la Construcción, de Cultura, de Economía y Planificación, de Educación, de Educación Superior, de

<sup>44</sup> Publicado en *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 2 de 21 de abril de 1994.

Finanzas y Precios, de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, de la Industria Alimenticia, de la Industria Básica, de la Industria Ligera, de la Industria de Materiales de la Construcción, de la Industria Pesquera, de la Industria Sideromecánica y la Electrónica, del Interior, de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Salud Pública, de Trabajo y Seguridad Social, del Transporte, del Turismo, de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, y los Institutos de Aeronáutica Civil de Cuba, de Radio y Televisión, de Deportes, Educación Física y Recreación, de Recursos Hidráulicos y de Reservas Estatales.

Posterior al Decreto-Ley no. 147, se comenzó con un proceso de reorganización y definición de las funciones de los organismos de la Administración Central del Estado, y se fue eliminando en la práctica la atención de sectores por los vicepresidentes, aunque esto no limitó que en algunos casos se le encargara a uno de los integrantes del Comité Ejecutivo la coordinación y control de la actividad de uno o varios organismos.

Después del año 1994 hasta el 2008, no fue un período con variaciones significativas, no obstante, se crearon organismos como el Ministerio de Auditoría y Control,<sup>45</sup> y se extinguieron otros como el Ministerio de la Industria de Materiales de la Construcción,<sup>46</sup> y perdieron su condición de organismos de la Administración Central del Estado los Institutos de Recursos Hidráulicos<sup>47</sup> y de Reservas Estatales.<sup>48</sup>

Un momento histórico que no podemos soslayar en ese período, es la decisión del Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, el 31 de julio de 2006, de delegar por problemas serios de enfermedad, sus funciones como presidente de los Consejos de Estado y de Ministros en el primer vicepresidente Raúl Castro Ruz, quien asume formalmente su responsabilidad como jefe del Estado y Gobierno el 24 de febrero de 2008.

En los años venideros se comenzaron a experimentar otras reformas en la conformación del Gobierno.

<sup>45</sup> Decreto-Ley no. 219 de 21 de abril de 2001. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 4 de 25 de abril de 2001.

<sup>46</sup> Decreto-Ley no. 193 de 12 de abril de 1999. *Gaceta Oficial* de 13 de abril de 1999.

<sup>47</sup> Decreto-Ley no. 245 de 20 de abril de 2007. Esa condición se le restituyó después por el Decreto-Ley no. 280 de 6 de enero de 2001. Archivo de la Secretaría del Consejo de Estado.

<sup>48</sup> Decreto-Ley no. 188 de 4 de noviembre de 1998. *Gaceta Oficial* de 13 de noviembre de 1998. Después recuperó esa condición por Decreto-Ley no. 238 de 2 de julio de 2001, y la vuelve a perder, por Decreto-Ley no. 258 de 2 de mayo de 2008.

Es conocida la extinción del Ministerio de Auditoría y Control, por la creación de la Contraloría General de la República,<sup>49</sup> y el surgimiento del Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera, a partir de la integración de los ministerios del Comercio Exterior y de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, así como el de la Industria Alimentaria, como resultado de la fusión de las actividades de los ministerios de la Industria Alimenticia y de la Industria Pesquera.<sup>50</sup>

Asimismo, fueron nombrados nuevos vicepresidentes del Consejo de Ministros, y se retomó la práctica de que el presidente de ese órgano, les delegara la atención, orientación y coordinación de la labor de los organismos de la Administración Central del Estado.

Importante resulta en esta etapa, la emisión del Decreto-Ley no. 272 «De la Organización y Funcionamiento del Consejo de Ministros», de 16 de julio de 2010,<sup>51</sup> el que respondió a la necesidad que había existido durante todos estos años de labor del Consejo de Ministros, de dotar a este órgano de una norma jurídica que regulara de forma efectiva su organización y funcionamiento de acuerdo a los principios y atribuciones que le son reconocidas por la Constitución y las demás leyes.

Tampoco puede dejar de mencionarse la creación de la Comisión Permanente para la Implementación y Desarrollo de los Lineamientos aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba,<sup>52</sup> con la misión, entre otras cuestiones, de conducir el perfeccionamiento funcional y estructural del Gobierno a las distintas instancias, lo que ha estimulado el proceso de reforma que actualmente se realiza en los organismos de la Administración Central del Estado y otras entidades gubernamentales.

Durante este período han sido creados los ministerios de Industrias y el de Energía y Minas,<sup>53</sup> se restableció la condición de organismo de la Administración del Estado al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos,<sup>54</sup> y se extinguieron los ministerios del

<sup>49</sup> Ley no. 107 de 1 de agosto de 2009. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 29 de 14 de agosto de 2009.

<sup>50</sup> Decreto-Ley no. 264 de 2 de marzo de 2009. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 37 de 8 de octubre de 2009.

<sup>51</sup> Decreto-Ley no. 272 de 16 de julio de 2010. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 33 de 13 de octubre de 2010.

<sup>52</sup> Acuerdo no. 7076 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2011.

<sup>53</sup> Decreto-Ley no. 301 de 9 de octubre de 2012. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 51 de 3 de diciembre de 2012.

<sup>54</sup> Decreto-Ley no. 280 de 6 de enero de 2011. *Gaceta Oficial* 6 de enero de 2011.

Azúcar,<sup>55</sup> de la Industria Básica,<sup>56</sup> de la Industria Ligera y de la Industria Sideromecánica<sup>57</sup> y el Instituto de Aeronáutica Civil de Cuba.<sup>58</sup>

También en esta etapa se comenzó un proceso de perfeccionamiento de los organismos de la Administración Central del Estado, a los efectos de ajustar su organización y funcionamiento a los cambios que se vienen experimentando en la estructura gubernamental de nuestro país, entre ellos podemos mencionar, a los ministerios de Finanzas y Precios, de Trabajo y Seguridad Social, de Comunicaciones y de Relaciones Exteriores.

Todos estos cambios implementados han determinado que el Gobierno cubano, actualmente esté conformado por su presidente, un primer vicepresidente, seis vicepresidentes, un secretario, los ministros de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera, de la Agricultura, de Ciencia Tecnología y Medio Ambiente, del Comercio Interior, de la Construcción, de Cultura, de Educación, de Educación Superior, de Energía y Minas, de Finanzas y Precios, de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, de Industrias, de la Industria Alimentaria, de Comunicaciones, del Interior, de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Salud Pública, de Trabajo y Seguridad Social, de Transporte, de Turismo, y los Presidentes del Banco Central de Cuba, del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, del Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, y del Instituto Cubano de Radio y Televisión.

Lo relatado hasta aquí, como dijimos al inicio, constituye un esbozo general acerca del Gobierno cubano.

En la búsqueda de los documentos, puede que se nos haya quedado alguna regulación por consultar, pero los relacionados, representan los momentos más trascendentes en ese sentido.

<sup>55</sup> Decreto-Ley no. 287 de 27 de octubre de 2011. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 37 de 10 de noviembre de 2011.

<sup>56</sup> Decreto-Ley no. 301 de 9 de octubre de 2012. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 51 de 3 de diciembre de 2012.

<sup>57</sup> Decreto-Ley no. 299 de 10 de septiembre de 2012. *Gaceta Oficial*. Edición Extraordinaria no. 45 de 11 de noviembre de 2012.

<sup>58</sup> Decreto-Ley no. 296 de 1 de agosto de 2012. *Gaceta Oficial* de 30 de agosto de 2012.

## Breves apuntes para la reconstrucción de la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Oriente

Grethel ARIAS GAYOSO\*

«Cuando quieras saber hacia dónde vas,  
vuélvete a ver de dónde vienes».

PROVERBIO ÁRABE.

### Introducción

La historia de la Escuela de Derecho en Oriente corre paralelamente con la de su Universidad. La fundación de dicha institución el 10 de octubre de 1947 constituyó un acontecimiento que removería los cimientos de la sociedad de la época y que revitalizaría la posición de Santiago de Cuba al incorporar un nuevo centro de estudios universitarios al país. La Universidad de Oriente, de carácter público, surge con el propósito, entre sus objetivos esenciales de «desarrollar la alta cultura, mejorar los valores cívicos y morales de los estudiantes y lograr un progreso notable de la técnica y la preparación profesional».<sup>1</sup>

No sería correcto dejar de significar el antecedente que representó el entonces Colegio Seminario San Basilio Magno para los primeros estudios de Derecho en la zona oriental y en el país.<sup>2</sup> Sin embargo, el sentido de estas páginas, más que destinarse a un acercamiento a la historia de la Escuela —hoy, Facultad— de Derecho,<sup>3</sup> tiene, como propósito esencial, acercarse a una de sus Cátedras: la de Derecho Administrativo. Anota MATILLA CORREA que «La historia del Derecho Administrativo en Cuba, ya en su perspectiva más general, ya en las cuestiones particulares que involucra, está aún

\* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba).

<sup>1</sup> Armando A. CÉSPEDES: *Historia breve de la Universidad de Oriente II*, disponible en <http://www.radiomambi.icrt.cu/index.php/educacion/259-historia-breve-de-la-universidad-de-oriente-ii?tmp>, consultado 20 de mayo de 2015, 8:35 a.m.

<sup>2</sup> Al respecto resulta muy interesante la investigación desarrollada por Léster A. MARTÍNEZ QUINTANA: «El Colegio Seminario San Basilio Magno y los primeros estudios de Derecho Civil (romano) en Cuba», inédito, 2015.

<sup>3</sup> En realidad, esa investigación ya ha sido realizada, de forma acuciosa por uno de los profesores de la Facultad de Derecho, graduado de las aulas de la Escuela de Derecho no solo en la educación pregraduada, sino también posgraduada. Sirvan estas páginas también como agradecimiento. Carlos Ramón DE AGÜERO PRIETO: «Apuntes para una Historia de la Facultad de Derecho», inédito, última versión, enero de 2010.

por revelarse en su real dimensión y significación, pues, en verdad, muchísimo está por descubrirse en ella».<sup>4</sup>

Mientras habían transcurrido algo más de dos siglos de la fundación de la Real y Pontificia Universidad de San Gerónimo de La Habana, en el oriente del país comenzaba el camino de la Universidad de Oriente con sus cinco primeras Escuelas, entre ellas la de Derecho. Años después de la fundación de la Pontificia Universidad de La Habana acontece «la primera expresión de la enseñanza moderna de una disciplina iuspública en Cuba, se produce con la creación de las cátedras para explicar la Constitución en la Universidad de La Habana y en el Seminario San Carlos en 1820»,<sup>5</sup> en el caso del Alma Mater oriental, la Cátedra de Derecho Administrativo –entre otras– nace consustancialmente a la Escuela de Derecho. Si bien en la primera el Derecho Administrativo llega «cuando ya el Derecho Constitucional o Derecho Político había anunciado y proyectado las primeras escaramuzas en la puja por su entrada a los planes docentes de formación en la universidad»;<sup>6</sup> en la segunda, el proceso ocurre a la inversa. Paralelamente con la impartición de materias como Introducción a la Ciencia del Derecho, Teoría General del Estado, Derecho Romano y Economía Política se abría el primer año al estudiante de Derecho en la Universidad de Oriente, cuyos estudiantes de Derecho conocían del Derecho Constitucional en su segundo año, con la segunda parte del Administrativo, el Romano, la Economía Política y el Derecho Civil.

Al fundarse la Universidad de Oriente, y con ella, la Escuela de Derecho, mucho camino habría recorrido el Derecho Administrativo ya en la Isla desde el reconocimiento de la obra de MORILLAS en 1847, de GOVÍN Y TORRES en 1882, 1883 y 1887, 1904, 1910, FRANCISCO MORENO en 1886, LANCÍS Y SÁNCHEZ en 1922, 1923, 1928, 1939, 1941, NÚÑEZ Y NÚÑEZ en 1926, VIVANCO HERNÁNDEZ en 1937 y 1944, JIMÉNEZ Y FERNÁNDEZ, HERNÁNDEZ CORUJO.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Andry MATILLA CORREA: *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba. José María Morilla y el Breve Tratado de Derecho Administrativo (1847)*, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, p. 19.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>7</sup> La cronología es tomada de las *Obras Generales del Derecho Administrativo cubano* recopiladas por MATILLA CORREA en la obra de referencia, pp. 325 y ss.

## **Los primeros pasos de la Cátedra de Derecho Administrativo desde la fundación de la Escuela de Derecho**

Los estatutos de la Universidad de Oriente, fundada en 1947, sentaron como precedente, la atribución de las Escuelas que la constituyeron de determinar sus planes de estudios. Así quedaba constancia en el libro de Actas del Consejo de dicha institución:

«Artículo 29- Corresponde a la Facultad:

- a) Regular los planes de estudios respectivos, con aprobación del Consejo.
- b) Determinar la extensión de las asignaturas de sus Escuelas.
- c) Señalar las incompatibilidades y precedencias de dichas asignaturas.
- d) Regular, dentro de las normas de estos Estatutos, la forma de exámenes, premios y ejercicios de grado
- e) Formar el cuadro de las enseñanzas que se impartirán en cada curso académico
- j) Aprobar los Programas propuestos por los respectivos Profesores titulares, armonizando los de las diversas materias relacionadas entre sí. Para cumplir esta función, las Facultades podrán nombrar comisiones que la desempeñen».<sup>8</sup>

En este mismo documento, bajo el rubro de Acuerdo no. 4, quedaría determinado el conjunto de asignaturas para aquel primer curso en la Escuela de Derecho:

1. Antropología Jurídica
2. Introducción a la Ciencia del Derecho
3. Derecho Romano, 1er. curso
4. Teoría General del Estado
5. Economía Política, 1er. curso
6. Derecho Administrativo, 1er. curso

El núcleo original del claustro de profesores que asumiría la docencia al iniciarse las clases en la Escuela de Derecho estaría integrado por un conjunto de profesores, entre los que significaba el doctor Germán HERRERA PALACIOS a cargo de Derecho Administrativo, como profesor honorífico,<sup>9</sup> y con posterioridad el doctor Miguel Ángel RAMÍREZ.

<sup>8</sup> Acuerdo no. 1. Estatutos de Fundación de la Universidad de Oriente.

<sup>9</sup> Carlos Ramón DE AGÜERO PRIETO: Ob. cit., p. 8. El doctor Germán Herrera Palacios queda resumido en la obra de DE AGÜERO de la siguiente manera: «Fundador, profesor titular de Derecho Administrativo I y Derecho Administrativo II. Decano por sustitución con frecuencia. Aunque formó parte de la Comisión depuradora, luego del 1ro. de enero de 1959, la Dirección universitaria decidió no renovarle el contrato el 31 de octubre de 1960, pues por su labor estuvo vinculado a la Dirección Municipal de la ciudad, sin que sepamos de ningún otro señalamiento», ob. cit., p. 42.

Por Acta del Consejo de la Universidad de Oriente, no. 34 de 1948, queda establecida la manera en que se distribuiría el programa de estudios para los dos primeros años – ya revisado en su originaria versión de los Estatutos – de la Carrera, al cual asistieron los Decanos de las Facultades de Derecho y Ciencias Comerciales y Filosofía y Letras y Educación, doctores Francisco MARTÍNEZ ANAYA y Pedro CAÑAS ABRET. Dicho acto materializaba la aprobación, «[...] para que rija en el Curso Académico 1948-1949 en la Facultad de Derecho y Ciencias Comerciales, el siguiente Plan para los dos primeros años:

ESCUELA DE DERECHO

1ER. AÑO

Antropología - 3 horas semanales

Derecho Romano 1er curso - 5 horas semanales

Teoría General del Estado - 3 horas semanales

Economía Política, 1er curso - 3 horas semanales

Derecho Administrativo, 1er curso - 3 horas semanales

2DO. AÑO

Derecho Romano, segundo curso - 5 horas semanales

Derecho Civil (parte general y personas) - 5 horas semanales

Política Criminal - 3 horas semanales

Derecho Constitucional - 3 horas semanales

Derecho Administrativo, segundo curso - 3 horas semanales

Economía política, segundo curso - 3 horas semanales».<sup>10</sup>

Surgía, en aquel mismo acto la Cátedra de Derecho Administrativo que agruparía las materias: Derecho Administrativo (1er. curso), Derecho Administrativo (2do. curso) y Principios del Derecho Administrativo. Con posterioridad, el Consejo de la Universidad aprobaría el cuadro de profesores que se encargarían de cada Cátedra. En el caso de la Cátedra de Derecho Administrativo la asumiría como profesor titular el doctor Andrés LANDROXE AYMERICH y como profesor honorífico se mantendría el doctor Germán HERRERA PALACIOS.

Para el curso 1949-1950, se asciende a profesor Auxiliar de Derecho Administrativo al doctor Lucas Andrés Morán Arce,<sup>11</sup> y

<sup>10</sup> Acta del Consejo de la Universidad de Oriente, no. 34 de 6 de septiembre de 1948. Archivos de la Secretaría General de la Universidad de Oriente. La negrita corresponde a la autora, para significar la materia en cuestión de estas líneas. La ubicación de la asignatura se mantendría inalterable en los cursos subsiguientes. El subrayado es de la autora.

<sup>11</sup> Su nombramiento se lleva a cabo mediante Acta del Consejo de la Universidad no. 50 de 1948. También se desempeñaría como Profesor Titular ordinario de Derecho Fiscal. Al referirse a él DE AGÜERO señala: «Fundador. Impartió Principios del Derecho Administrativo, luego fue profesor titular de la cátedra de Hacienda



continúa desempeñándose el doctor Germán HERRERA, que en el curso 52-53, devendría como Decano interino<sup>12</sup> y así lo haría en otras sucesivas ocasiones.

Para el curso de los años 1953-1954, se libraba convocatoria para ocupar el cargo de profesor titular ordinario de la Cátedra de Derecho Administrativo I y II, y se presentan como aspirantes: doctor Alberto DUBOY GUERNICA, doctor Francisco Félix MONTIEL GIMÉNEZ, doctor Ernesto LARREA GARCÍA, doctor Gustavo MAURISSET SANDOVAL, doctor Ladislao CALZADO CHACÓN,<sup>13</sup> sin procederse a decisión alguna. En este mismo curso se aprueba el nombramiento, entre otros, del doctor Germán HERRERA PALACIOS, como profesor titular ordinario de las cátedras de Derecho administrativo I y Derecho administrativo II, y como profesor titular ordinario de la cátedra de Hacienda Pública y Derecho Fiscal al doctor Lucas MORÁN ARCE.

Para el curso 1954-1955 se producen cambios en la estructura de la original Facultad de Derecho y Ciencias Comerciales, de tal manera quedó la Facultad de Derecho constituida por las Escuelas de Derecho y de Ciencias Sociales,<sup>14</sup> manteniéndose la estructura del Plan de Estudios y similar designación de profesores. En el caso puntual que nos ocupa, el doctor Germán HERRERA PALACIOS continuó desempeñándose como titular de la Cátedra de Derecho Administrativo hasta 1960.

Pública y Derecho Fiscal. Separado del claustro por la Comisión depuradora en 1959», ob. cit., p. 43. Años más tarde, tras su muerte en el exilio, el Nuevo Herald hacía la crónica sobre la muerte de un destacado historiador cubano: «Durante la dictadura de Fulgencio Batista, Morán fue el abogado defensor de 22 de los expedicionarios que desembarcaron con Fidel Castro en el Granma y fueron capturados por el ejército en 1957. Poco después, Morán daría muestras nuevamente de su valentía personal al despedir —en desafío a la represión— el duelo del revolucionario Frank País en Santiago de Cuba. Su trayectoria revolucionaria como dirigente del Movimiento 26 de Julio y oficial del Ejército Rebelde en la Sierra Maestra, se vio truncada en plena contienda en 1958, por discrepancias sobre la estrategia e ideología revolucionarias, y se vio perseguido tanto por la policía batistiana como por elementos castristas. En su libro *La revolución cubana*-Una versión rebelde (1980), Morán cuenta ese episodio azaroso de su vida y plantea que aunque compartió los ideales de Castro en la rebelión contra la dictadura, discrepaba con el proceso revolucionario que amenazaba con transformar la sociedad». El Nuevo Herald, 15 de marzo de 1999.

---

<sup>12</sup> Acta del Consejo de la Universidad de Oriente, no. 203/51.

<sup>13</sup> Acta del Consejo de la Universidad de Oriente, curso 1953-1954.

<sup>14</sup> Acta del Consejo de la Universidad de Oriente, no. 414/1955.

## El doctor Germán HERRERA PALACIOS, continuidad de la Cátedra de Derecho Administrativo

Si de la historia de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Oriente se trata, un nombre resalta por la estabilidad en dicho claustro desde su fundación, ya fuera al frente de dicha Cátedra o como profesor honorario: doctor Germán HERRERA PALACIOS.

De su obra queda y se conoce, el Prólogo realizado a la obra de Félix Montiel GIMÉNEZ, español radicado en la Isla y profesor en la Universidad de Oriente.<sup>15</sup> Quizás la propia convulsión que generó la apertura de la universidad, la dinámica de la fundación y las constantes controversias internas y externas por mantenerla abierta hicieron imposible una obra más vasta.

En el Prólogo a *Administración y «selfgovernment» (Una experiencia cubana)*, de 1954, editada y publicada en Santiago de Cuba, HERRERA PALACIOS reconoce a MONTIEL GIMÉNEZ como profesor de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Oriente, pero lo cierto es que de este hecho no queda constancia en las Actas del Consejo de la Universidad, salvo de su presentación a ejercicio de oposición en el curso 1953-1954. Lo que sí es posible demostrar es su integración al claustro como profesor de Derecho Internacional: «Se acuerda nombrar al doctor Francisco Félix MONTIEL GIMÉNEZ profesor titular extraordinario de Derecho Internacional Privado por el término de 6 meses»<sup>16</sup> en el curso 1951-1952, posteriormente, en 1955 es separado del claustro, y resulta muy interesante transcribir las siguientes líneas refiriéndose a él:

En enero de 1952 volvió a Cuba e ingresó en el claustro de profesores de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, donde impartió Derecho Internacional. En 1955 fue separado del claustro de este centro docente. Entonces se trasladó a La Habana, se vinculó al pistolero y periodista Rolando Mansferrer e ingresó en el periódico de este, *Tiempo en Cuba*, donde ocupó la jefatura de la página política. Descendió hasta el punto de acusar a sus antiguos camaradas y de convertirse en un vulgar

<sup>15</sup> Ensayista, historiador, profesor universitario y orador. Se graduó en la Universidad de Murcia, donde más tarde se desempeñó como profesor de Derecho Administrativo. Tras el inicio de la Guerra Civil Española tomó partido a favor de la causa leal y después de 1939 arribó a Cuba como exiliado. Así lo describe Jorge DOMINGO CUADRIELLO: «Los españoles en las letras cubanas durante el siglo XX». *Diccionario biobibliográfico de los republicanos españoles exiliados, Renacimiento*, Sevilla, MMII, p. 120.

<sup>16</sup> Acta no. 19 de 1ro de octubre de 1951.

delator al servicio de la dictadura de Batista. De acuerdo con algunas versiones, escapó de Cuba poco antes del triunfo de la Revolución y retornó a España, donde fue profesor de la Universidad Complutense de Madrid [...].<sup>17</sup>

En aquel breve escrito, prologando la obra de MONTIEL GIMÉNEZ, las palabras de HERRERA PALACIOS dejan entrever una formación que se correspondía con los estándares de la academia cubana del Derecho Administrativo: el seguimiento a la obra de JÉZE en relación a la concepción del servicio público; la obra de Otto MAYER, Gabino FRAGA, y en Cuba, de Antonio LANCÍS. Ya desde entonces, era partidario de reconocer la necesidad de convertir en una realidad universal el hecho de que «sin distinción entre actos políticos o de Gobierno y actos Administrativos, se realice en la práctica bajo un orden jurídico garantizado por los recursos que los afectados puedan interponer ante el Poder Judicial».<sup>18</sup> Con lo cual parece quedar signado su pensamiento por los pensamientos más progresivos de la época, a partir del reconocimiento de la necesidad de control de toda la actividad administrativa y la reconversión y actualización del modelo iuspublicista cubano de la época, heredado, en su momento de la España metropolitana.

### **Reapertura de la Escuela de Derecho: 1972**

La creación de la Comisión Depuradora en la Universidad de Oriente entre los años 59-60, se determina con el objetivo de separar del Claustro a aquellos profesores a quienes se les imputaran causas de origen político en defensa del régimen batistiano. Entre los separados por la acción de dicha Comisión, a los que posteriormente se les cerraran los contratos y los profesores que presentaron su renuncia, la Escuela de Derecho cayó en una profunda crisis, con lo cual se determinó su cierre y traslado a la Universidad de La Habana. Las actividades en dicho centro continuaron hasta 1961, cuando definitivamente se procede a su cierre.

Con la reapertura de la Escuela de Derecho en 1972, comienza el tránsito a la conformación de un nuevo claustro, en principio apoyado por el de la Universidad de la Habana que indistintamente se desplazaba hasta Oriente o los estudiantes hacia la Capital. De tal manera se organiza la conformación de un Grupo de Apoyo en

<sup>17</sup> DOMINGO CUADRIELLO: Ob.cit., p. 120

<sup>18</sup> Germán HERRERA PALACIOS en el «Prólogo» a *Administración y «self-government» (Una experiencia cubana)*, F. Félix MONTIEL, Universidad de Oriente, Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Comerciales, Santiago de Cuba, 1954, p. 8.

la ciudad santiaguera, al cual se incorpora José A. PARGAS BLANCO, quien se desempeñaría con posterioridad (1976-1982) como profesor de la asignatura Derecho Administrativo.<sup>19</sup> Como profesor adjunto se desempeñaría en Derecho Administrativo I y II, Valentín FUNCIA REYES, quien impartía docencia en la modalidad de los cursos por encuentro, incorporándose a la asignatura –pues ya se había desempeñado como docente del claustro en otras materias– la profesora Niobis de la Caridad ELÍAS VEGA, quien sustituiría a PARGAS BLANCO.

ELÍAS VEGA llevaría el Derecho Administrativo en la Universidad de Oriente por más de dos décadas. Discípula del profesor Héctor GARCINI GUERRA, quien la formó, ofreciéndole la posibilidad de vincularse al ejercicio práctico en organismos de la Administración. Bajo su tutoría comenzaría el proceso investigativo en relación a los procedimientos expropiatorios llevados a cabo en Cuba tras el triunfo revolucionario; esta investigación quedaría trunca tras la muerte del profesor GARCINI.

Una pléyade de profesores jóvenes fueron asumiendo con posterioridad a ELÍAS VEGA la responsabilidad de continuar el mandato y hacerlo cada vez más perfectible, contribuyendo al desarrollo del Derecho Administrativo patrio: Maibis GINARTE, Jorge Luis BORGES FRÍAS, Nilda Haydee RIZO PÉREZ y Grethel ARIAS GAYOSO, continuarían –en el caso de las dos últimas hasta hoy– el legado de la Cátedra de Derecho Administrativo que surgió con la Escuela de Derecho en la Universidad de Oriente.

<sup>19</sup> Entrevista a la MsC. Niobis de la Caridad ELÍAS VEGA, profesora de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho, hoy jubilada. 23 de abril de 2015.

## Cuarenta años de Derecho Romano en Cuba (1975-2015)

Julio Antonio FERNÁNDEZ ESTRADA\*

*A los profesores cubanos de Derecho Romano, que ya no están.*

La enseñanza y la investigación del Derecho Romano han transitado en Cuba, en los últimos cuarenta años, por los mismos cauces y dilemas que otras disciplinas o áreas del conocimiento del Derecho y de las ciencias sociales en general.

La idea anterior podría explicarse de la siguiente manera: la década corta que cubre de los años 1968 a 1975 se caracterizó por un retroceso de la consideración de los estudios heterodoxos de Filosofía, Historia o en el ámbito de la creación artística en general, que habían caracterizado los primeros años de la Revolución. Esto se pone de manifiesto sobre todo con el cierre de la revista *Pensamiento Crítico*, —que había liderado los estudios socio políticos críticos desde una visión marxista no dogmática— y la censura parcial de obras literarias que abordaban directa o indirectamente la historia de la Revolución desde presupuestos estéticos y filosóficos no maniqueístas y que relataban el proceso revolucionario con posturas no repetitivas de la épica del realismo socialista.

En el mundo del Derecho se difuminó lo que el profesor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ llamaba la época del nihilismo jurídico, sostenido sobre necesidades prácticas del sistema socialista en su etapa de institucionalización y sobre todo de acomodo a las condiciones de una economía subdesarrollada y dependiente de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).<sup>1</sup>

El Derecho como ciencia o como sistema no fue en estos años una prioridad para la dirección política de la Revolución cubana, pero

\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor del Centro de Estudios de Administración Pública (CEAP) de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> En estos años se llegó a concebir la idea de que era imperioso graduar ingenieros y no tanto científicos sociales, o que el Derecho Penal dejaría de existir porque en la sociedad socialista dejarían de producirse delitos, y se eliminaron de los planes de estudio universitarios disciplinas como el Derecho Financiero o la Filosofía del Derecho. Algunos llegaron a promover la tesis de la inutilidad general del Derecho como ciencia.

sí su multiplicación normativa en disposiciones jurídicas de diversa índole, que complicaron el nuevo ordenamiento jurídico cubano.<sup>2</sup>

La comisión que dirigió el proceso de confección del proyecto constitucional que se aprobaría en 1976, estaba dirigida por Blas Roca Calderío, antiguo líder comunista cubano, de origen campesino, figura llamativa en la Constituyente de 1940 como representante del Partido Socialista Popular, y sin formación como jurista, lo que propició debates, todavía no desclasificados, entre miembros de la mencionada comisión redactora.

Antes de la aprobación del texto constitucional socialista se habían producido actos normativos tan interesantes como el Código de Familia de 1975 que en gran medida hacía justicia al olvidado Derecho Romano, al incluir el reconocimiento de la unión matrimonial basada en la convivencia conyugal, junto a la formalización de matrimonio.

Por otra parte había que esperar hasta 1988 para la entrada en vigor de un nuevo *Código Civil*, que sustituyó al español de finales del siglo XIX y hecho extensivo a Cuba desde tiempos de la colonia.

La Constitución de 1976, de fuerte influencia teórica y política soviética, puso en práctica el Poder Popular, experimentado desde 1973 en la provincia de Matanzas, y principios democráticos incomprendidos por los mitos políticos modernos, como la unidad de poder, el centralismo democrático, la legalidad socialista, la democracia socialista, — que tiene en su centro la rendición de cuenta de los

<sup>2</sup>De 1959 a 1976 se mantuvo la provisionalidad constitucional en Cuba, pues en el propio año del triunfo de la Revolución se pone en vigor la llamada Ley Fundamental de 1959, que era en gran medida la derrocada constitución de 1940, paradigma cubano de la concertación de fuerzas políticas y morales vencedoras tras la caída de la tiranía de Gerardo Machado, en 1933. La constitución del 40, fue una referencia jurídica para el constitucionalismo europeo y hacia dentro de Cuba significó el intento de entrada en el Estado capitalista interventor y garantista de derechos sociales, ambos extremos logrados parcialmente. Este texto es sustituido por Estatutos Constitucionales en 1952, después del golpe de Estado de Fulgencio Batista, figura política-militar de rápido ascenso tras su papel en la caída de Machado y su presidencia, electoralmente legítima de 1940 a 1944. En el conocido como Programa del Moncada, aparecido en el alegato de autodefensa de Fidel Castro, tras su detención después del asalto al cuartel Moncada, de Santiago de Cuba, en 1953, se planteaba como una de las tareas iniciales de un Estado proveniente de un proceso de cambio en Cuba, el restablecimiento de la Constitución de 1940. La mencionada Ley Fundamental de 1959 da cumplimiento a esta propuesta pero modifica sustancialmente el procedimiento de creación de la Ley al dejarlo en manos de un Consejo de Ministros, — encabezado por Fidel hasta 1976 —, que sustituyó al antiguo Congreso bicameral. Después de 17 años de provisionalidad se aprueba por referendo popular la Constitución de la República, todavía vigente y que organiza un Estado socialista en Cuba.

electos y el derecho popular de revocación de los mandatarios— el predominio de la propiedad estatal sobre los medios fundamentales de producción, la ausencia de propiedad privada y la prohibición de la explotación del hombre por el hombre.

Por otro lado la constitución no se sostiene sobre una base sólida de garantías de derechos, de tipo institucional, o jurídica procesal, sobre todo por el diferendo científico y político entre las concepciones extremistas del socialismo real y del capitalismo occidental, que se trababan sin matices, en la polémica sobre el grupo de derechos más importantes dentro una sociedad. La concepción socialista, de la que Cuba ha sido representante destacado durante décadas, ha sido, la de defender la prevalencia de los derechos económicos, sociales y culturales, claramente garantizados de forma material dentro de la Revolución Cubana.

Lo anterior no significa que hemos defendido la jerarquización de los derechos humanos, sino que en el combate diplomático, sobre todo en la anterior Comisión de Derechos Humanos y en el Consejo actual, se ha levantado la bandera de la imposibilidad de la realización de derechos políticos y civiles, sin la garantía del derecho a la existencia digna.

En la otra orilla de la discusión nos encontramos con el argumento contrario, pero es necesario, en todo caso, entender, que la Constitución cubana de 1976 es hija de una idea sobre los derechos, que los consideraba producidos por el pensamiento burgués y útiles en sociedades competitivas y violatorias de derechos humanos, distintas en su hechura a la sociedad socialista, que se construía en Cuba.

Por la razón anterior no nos encontramos en la Constitución cubana al habeas corpus — sí incluido como procedimiento especial en la Ley de Procedimiento Penal— ni al Amparo, de prosapia mexicana, ni a acciones colectivas de defensa de derechos, ni un Tribunal Constitucional con facultades de control constitucional, ni a una institución igual o semejante a las defensorías del pueblo o al Ombudsman.

El objetivo de este trabajo es recorrer a vuelo de pájaro los momentos fundamentales de la historia de la enseñanza y la investigación de Derecho Romano, en los últimos cuarenta años en Cuba.

## **Las décadas del 70 y 80 del siglo XX. Derecho Romano frente a dogmatismo y nihilismo jurídicos**

La enseñanza del Derecho desde los años 80 hasta la actualidad, ha sido llevada adelante en Cuba a través de los Planes de Estudio A, B, C, C Perfeccionado y el actual Plan D. En todos ellos el Derecho Romano ha estado presente,<sup>3</sup> no más de un semestre, en el primer año de la carrera y como parte de la disciplina histórica, dirigida por los departamentos de Estudios Jurídicos Básicos, en las diferentes Facultades de Derecho del país.

En los momentos de más ajustes a los planes de estudio nacionales, como los comenzados en la primera década del siglo XXI, para modernizar la enseñanza del Derecho en Cuba, con su correspondiente dosis de recortes de horas a asignaturas menos útiles y prácticas, se sufrió el detrimento de tiempo presencial de asignaturas como la Historia General del Estado y el Derecho, que fue llevada hasta un semestre, de dos que usaba en el Plan C Perfeccionado.

El fondo horario de Derecho Romano, sin embargo, no fue tocado, —no sin lucha y debates—, y conserva poco más de 70 horas en el actual Plan de Estudios D, cantidad de horas insuficientes, pero hasta ahora indiscutidas a todos los niveles de la educación superior cubana.

Antes del triunfo de la Revolución las dos personalidades más destacadas en la enseñanza e investigación del Derecho Romano en Cuba desarrollaron su labor profesional en la Universidad de La Habana. Hablamos de Emilio FERNÁNDEZ CAMUS y Ernesto DIHIGO LÓPEZ TRIGO —de este último se utilizaron hasta la instauración

<sup>3</sup> La Carrera de Derecho vuelve a abrir sus puertas después del cierre de la Universidad de La Habana en 1956, en el curso 1962-1963 y la enseñanza del Derecho Romano recae en el profesor Tirso CLEMENTE DÍAZ, quien fungía como docente de Historia del Derecho y Derecho Civil. El Derecho Romano se mantiene de esta forma hasta el curso 1965-1966, momento en que pierde su autonomía como disciplina y entra a formar parte de la enseñanza de la Historia del Derecho. A partir del Plan de Estudio que comenzó su vigencia en el curso académico 1981-1982, el Derecho Romano se convierte en una disciplina independiente. De 1966 a 1981 la vida del Derecho Romano en la enseñanza universitaria cubana estuvo relacionada con la historia del Estado y el Derecho en general. De 1981 a 1987 se desarrolla la vigencia del Plan de Estudios A, donde el Derecho Romano contaba con 80 horas de clases. El Plan de Estudios B, vigente de 1987 a 1994, regulaba la enseñanza del Derecho Romano en el segundo semestre de primer año, mediante conferencias, clases mixtas y clases prácticas. El Plan de Estudios C, perfeccionado en los años 1995 y 2000, está vigente hasta el año 2008, cuando se aprueba, el vigente hasta la actualidad, Plan D. Como se verá, dentro del Plan C Perfeccionado es que se introduce la enseñanza del Derecho Público Romano.



del Plan D sus *Apuntes de Derecho Romano* en tres tomos como bibliografía complementaria — de una destacada labor como diplomático a los servicios del gobierno revolucionario después de 1959 y donde es apreciable su formación humanista y romanista, sobre todo en sus discursos y argumentos en la ONU y mientras se desempeñaba como embajador cubano en los Estados Unidos.

Habría que esperar a la publicación del primer tomo de la *Historia del Estado y el Derecho en la Antigüedad*, en 1971, de Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, para que dentro de la obra apareciera una historia externa del Derecho Romano y como quien no quiere las cosas, una breve historia interna del propio Derecho, primera vez después de 1959, que se publicaba para la enseñanza del Derecho algún contenido de Derecho Romano.

La mencionada historia del Derecho Romano fue el punto de partida para la confección del *Manual de Derecho Romano*, publicado al inicio de la década del 80, por un colectivo de autores dirigido por el propio profesor FERNÁNDEZ BULTÉ y en el que participaron los docentes Delio CARRERAS CUEVAS y Rosa María YÁÑEZ GARCÍA. De manera especial se destaca la participación en esta obra, sobre todo en los capítulos concernientes al Derecho Procesal y la Propiedad, de las estudiantes María del Carmen Alfonso, Milagros Gómez y Cinthia Ayala.

En este libro, que sigue siendo la literatura básica del estudio del Derecho Romano en Cuba, en todas las universidades y filiales universitarias del país y reimpresso en varias ocasiones en todos estos años, aparece una nota de los autores que hace justicia a un destacado jurista cubano, fundamental por su revisión de los originales, por su perfeccionamiento del uso de las locuciones latinas — el latín no se ha enseñado más en las carreras de Derecho en Cuba desde hace más de cuarenta años — y por su revisión de las citas de los clásicos romanos. Se trata del doctor Tirso CLEMENTE DÍAZ.

En el prólogo de la referida obra se puede leer:

[...] el *Manual* pretende recoger opiniones, criterios, análisis y visión de los más significativos romanistas, que pudiéramos con justicia llamar clásicos. De otro lado, hemos tenido muy en cuenta la información y la rica interpretación que de este Derecho se hace y se tiene en el campo socialista, especialmente en la URSS.<sup>4</sup>

Es esta una de las características fundamentales del texto junto a su manifiesta apuesta por el materialismo histórico como método

<sup>4</sup> J. FERNÁNDEZ BULTÉ, D. CARRERAS CUEVAS y R. M. YÁÑEZ GARCÍA: *Manual de Derecho Romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1998, p 3.

de interpretación de los procesos sociales, en clara alusión a las obras del marxismo leninismo<sup>5</sup>

También es significativa la inclusión de un capítulo de Derecho Penal Romano, y la intercalación de problemas relacionados con las obligaciones y los contratos en la parte del manual comprensiva de estos contenidos, una cronología de hechos y documentos del Derecho Romano, y la reproducción de la Ley de las XII Tablas y de fragmentos de las Novelas 118 y 127, de Justiniano.

En 1980 se publicó una traducción al español de una obra soviética, realizada por el profesor de la Universidad de La Habana Delio CARRERAS CUEVAS, llamada *Fundamentos de Derecho Civil Romano*, de I. B. Novistsky, que mantenía la tónica de la atención a los textos romanistas de Europa del este.

Un momento importante de la historia de la enseñanza del Derecho Romano en los últimos cuarenta años es la publicación, única hasta el día de hoy, de la obra *Historia de las Ideas Políticas y Jurídicas (Roma)*, por el profesor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, en el año 1984. Este texto, sin embargo, se utilizó de forma superficial para la explicación de la asignatura Historia General del Estado y el Derecho, y casi nunca para la enseñanza del Derecho Romano, aunque hoy sea una rareza bibliográfica entre la literatura romanista, que utiliza sin rodeos la interpretación de la historia conocida como materialismo histórico.

En gran parte de la década del 80 y del 90 del siglo xx nos encontramos, a la misma vez, la consolidación y proliferación de una concepción sobre la investigación jurídica, que propicia la pesquisa sobre la parte del Derecho práctica y en muy poca medida, la investigación histórica, teórica, filosófica y sobre el Derecho Romano, bajo el argumento de la no juridicidad de estas miradas.

Como se hace evidente, de esta síntesis del contexto investigativo, sobre todo de los años 80, del siglo xx y los primeros cinco años de los 90, el caso de Cuba no es diferente al del resto de América Latina y Europa, en cuanto a la batalla por la conservación del conocimiento del Derecho Romano como sistema vivo y en desarrollo. En estos años la teoría del Estado, la Historia del Derecho o el Derecho Romano no pasaban de ser la fuente de antecedentes históricos de cualquier análisis

<sup>5</sup> Entre los autores exponentes del marxismo leninismo que se utilizan en la obra como base bibliográfica se encuentran, clásicos como Federico Engels y su libro *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, o autores posteriores como Kovaliov, S.I, o Galanza, P. N y Chernilovsky, Z. M.

normativo o de dogmática jurídica en general, aun cuando el Plan C Perfeccionado usara como lema una idea obsesiva del profesor BULTÉ: enseñar Derecho y no solo legislación.

### **Los 90 en Cuba. El Derecho Romano frente a los ajustes del mundo unipolar**

Es en la propia década del 80 del siglo XX y principios de los años noventa<sup>6</sup> que, durante el decanato del profesor Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, se establecen vínculos académicos con universidades italianas, como las romanas Tor Vergata y Sapienza, y la sarda Universidad de Sassari.<sup>7</sup>

De inmediato las relaciones de trabajo se enriquecieron por el interés de personalidades italianas, del Derecho Romano como Sandro Schipani, Pierangelo Catalano y Giovanni Lobrano, que

<sup>6</sup> Como nos recuerdan los licenciados V. HERNÁNDEZ MOREJÓN y E. RAMOS MONTAÑES en la tesis «El Derecho Civil Romano como sistema único de Derecho». Su difusión académica en la Universidad de La Habana, 2013:

En 1991 tuvo lugar en nuestra capital el Primer encuentro cubano-italiano de romanistas, civilistas y publicistas, en el cual el recientemente fallecido, profesor Delio Carreras Cuevas impartió el discurso inaugural, tomando como tema: «La Recepción y Enseñanza del Derecho Romano en Cuba»; lamentablemente del mismo no obra copia alguna, privándonos de una fuente importante de información, que sin ninguna duda hubiera aportado mucho a nuestra investigación. Igualmente se hicieron presente en este encuentro las figuras de Tirso Clemente Díaz y Olga Mesa Castillo, con la ponencia: «El concepto de matrimonio en el Código de Familia de Cuba: breve análisis desde el Derecho Romano». No pudo faltar a un evento de esta magnitud una ponencia del titular de la asignatura de Derecho Romano, nos referimos claro está al profesor Fernández Bulté: «Algunas reflexiones sobre la naturaleza del matrimonio en Roma y las soluciones del Código de Familia cubano». Dos años después en 1993, del 18 al 21 de enero se celebró en esta misma ciudad, el Coloquio Latinoamericano y Caribeño de Derecho Romano, algunos de los participantes y ponencias fueron: «La unidad fundamental del concepto jurídico de “homo-persona” en Derecho Romano», del profesor Tirso Clemente; «La patria potestad, desde el Derecho Romano hasta nuestros días», profesor Delio Carreras; «Influencia del Derecho Romano en el Derecho Agrario», por Maritza. Mc Cormack Bequer; «De la obligatio in solidum romana a la obligación solidaria en el derecho positivo cubano. Consideraciones doctrinales al respecto», por Nancy Ojeda Rodríguez y Leonardo Pérez Gallardo.

<sup>7</sup> En 1990, nos recuerda Pietro Paolo ONIDA, los cubanos Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, Omar FERNÁNDEZ JIMÉNEZ y Vicente RAPA ÁLVAREZ, participaron en un Encuentro de Estudio sobre la enseñanza del Derecho Romano y la formación del jurista en las universidades cubanas, en la Universidad de Sassari, y organizado con la colaboración del romanista Sandro Schipani, responsable de la Sección de América Latina, del Grupo de Investigación sobre la difusión del Derecho Romano.

han influido de forma notable en los estudios, comprensión e investigaciones posteriores sobre el Derecho Romano en Cuba.<sup>8</sup>

De los años 90 proviene uno de los vínculos más productivos e impactantes en el panorama del Derecho Romano en Cuba, con romanistas italianos. El profesor pinareño Eurípides VALDÉS LOBÁN, docente en la Universidad de Pinar del Río Hermanos Saíz Montes de Oca y graduado de la Universidad de La Habana, comenzó una denodada tarea de coordinación y organización de puentes que propiciaran la investigación romanística en Cuba y su difusión en eventos nacionales.<sup>9</sup>

Desde inicios de esta década comienza la participación activa del profesor BULTÉ, al que después se suman VALDÉS LOBÁN y CARRERAS CUEVAS, en los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano que se organizan desde 1976, en universidades latinoamericanas, con el auspicio e impulso académico del Comité Latinoamericano para la Difusión del Derecho Romano, la Secretaría General para la Coordinación de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano y el *Grupo di Ricerca Sulla Difusione del Diritto Romano*.<sup>10</sup>

La participación cubana en los Congresos Latinoamericanos hace despegar de inmediato el interés por el Derecho Romano en discípulos de los profesores que antes mencionamos y se comienza a promover

<sup>8</sup> En el paso de la década del 80 a la del 90 del siglo XX, viajaron a Italia, a partir de las mencionadas relaciones académicas, profesores de la Universidad de La Habana como Vicente Rapa, Julio Fernández Bulté, Lissette Pérez Hernández, Omar Fernández Jiménez, José Luis Lisón y Gisselle Sarracino. <sup>8</sup> En el paso de la década del 80 a la del 90 del siglo XX, viajaron a Italia, a partir de las mencionadas relaciones académicas profesores de la Universidad de La Habana como Vicente Rapa, Julio Fernández Bulté, Lissette Pérez Hernández, Omar Fernández Jiménez, José Luis Lisón y Gisselle Sarracino.

<sup>9</sup> Según el artículo del profesor Pietro Paolo ONIDA, publicado en la revista *Derecho e Historia*, número 6 de 2007, llamado «Recuerdo de Eurípides Valdés Lobán. Derecho Romano en el Caribe», el jurista cubano visitó Sassari por primera vez en el año 1996, y regresó a aquella ciudad y universidad en los años, 2003 y 2005, invitado indistintamente por los romanistas Giovanni LOBRANO o el propio profesor ONIDA. El tema principal de trabajo del profesor VALDÉS LOBÁN en aquellos años era la influencia romanística en el constitucionalismo de José Martí.

<sup>10</sup> Este hecho trae como consecuencia positiva la relación de trabajo viva hasta el día de hoy, de las Universidades de La Habana y Pinar del Río con romanistas de América Latina, de los que se ha hecho una profusa divulgación de sus respectivas obras en Cuba, entre los que se destaca la maestra Mercedes Gayosso y Navarrete, a quien va dirigido este modesto trabajo, y los profesores Norberto Rinaldi, Augusto Jordán Quiroga, Aloisio Surgik, Gelasio Cermeño, Alejandro Guzmán Brito, Marcial Rubio Correa, José Luis Cuevas Gayosso, Ricardo David Rabinovich, Juan José Alba Crespo, Emilssen González de Cancino, Jorge Adames Goddard, Mirta Álvarez y Militza Montes, entre muchos otros.

la investigación sobre y desde el Derecho Romano, con una visión no histórica sino de resolución de problemas del Derecho actual.

El efecto más claro, duradero e importante, no solo para el Derecho Romano en Cuba sino también para el Derecho Constitucional y para el Derecho Público en general, de la conexión científica entre Cuba, Italia y América Latina, desde los años 90 del siglo xx hacia el presente, ha sido la expansión de las ideas, valores, tesis, y conclusiones de romanistas tan importantes como Pierangelo CATALANO y Giovanni LOBRANO, en el ámbito del Derecho Público Romano, no estudiado en Cuba, hasta finales de los años noventa, sino como historia política e institucional de Roma.<sup>11</sup>

En el año 1999 se publica por la Editorial Félix Varela, en La Habana, la *Separata de Derecho Público Romano*, de Julio FERNÁNDEZ BULTÉ, que tenía como objetivo saltar por encima de una laguna histórica de los estudios e investigaciones de Derecho Romano en Cuba: la incompreensión o desconocimiento del Derecho Público Romano, que no era, por cierto, propia ni original de nuestra Isla, sino problema común de América Latina y gran parte del mundo heredero de Roma, sin contar los países donde el modelo constitucional romano es completamente ajeno.<sup>12</sup>

Esta publicación realizada por el presidente —en aquel momento— de la Comisión Nacional de Carrera de Derecho en Cuba, responsabilidad que desempeñó por años el profesor BULTÉ, tuvo un rápido efecto en la enseñanza del Derecho Romano en Cuba, que desde principios de los años 2000 tiene la nueva característica de ser una enseñanza multiplicada en cada municipio de la Isla.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Como profunda fue la influencia inicial de la obra del profesor Sandro Schipani.

<sup>12</sup> En 1998, el autor de este artículo se licenciaba en Derecho por la Universidad de La Habana con una tesis titulada «Modelo Constitucional Latino y Democracia», donde se daba promoción, explosiva y chispeante en aquellos años, a las ideas de Pierangelo CATALANO y Giovanni LOBRANO, principalmente.

<sup>13</sup> La Municipalización de la Enseñanza Universitaria en Cuba es una idea del presidente Fidel Castro para enfrentar un hecho terrible del que se tuvo evidencias en aquellos años: el ingreso y graduación universitaria en Cuba de personas mayormente hijos de intelectuales, acomodados y blancos. Ante esta situación, se insertó dentro de la oficialmente llamada Batalla de Ideas, un Proyecto de nivelación universitaria de jóvenes desplazados de los estudios por razones diversas, que se formaban como emergentes Trabajadores Sociales y que ganaban el derecho inmediato de estudiar alguna carrera de ciencias sociales, entre ellas Derecho. Más tarde estas carreras universitarias quedaron al alcance de jóvenes que no habían vencido las pruebas de ingreso en modelos pedagógicos semi-presenciales, en cada municipio del país, lo que trajo como consecuencia que la enseñanza del Derecho y del Derecho Romano en particular se masificara, pero

Con el ardor y liderazgo ejecutivo del profesor VALDÉS LOBÁN y la custodia de la idea por parte del profesor FERNÁNDEZ BULTÉ, se lanza la propuesta de realizar un Seminario de Derecho Romano en el Caribe, en el año 1997, momento propicio por ser año intercalado entre Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano.

El primer Seminario fue un éxito y quedó establecido hasta la fecha como un momento intermedio de encuentro entre romanistas de Cuba, el resto de América Latina e Italia, y hasta el momento hemos coordinado, entre las Universidades de Pinar del Río y La Habana siete seminarios,<sup>14</sup> el último de ellos en diciembre de 2014, con la presencia de importantes romanistas de universidades cubanas, de México e italianas de Roma, Sassari, Padua, Boloña, y Brescia.

La participación cubana en los Seminarios y Congresos Latinoamericanos se ha caracterizado en todos estos años por la conservación de una línea de trabajo definida dentro del Derecho Público Romano y la atención a temas relacionados con la enseñanza del Derecho Romano y el análisis de instituciones del Derecho Romano con afán de resolver problemas del Derecho nacional.<sup>15</sup>

### **Los 2000. El auge de las nuevas generaciones de romanistas cubanos**

Un momento crucial de los últimos cuarenta años de vida de la enseñanza e investigación del Derecho Romano en Cuba fue el desarrollo en La Habana del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, con la coordinación de las Universidades de La

a la vez sufrió la calidad de esta enseñanza, que recaía en muchos casos en personas adultas, con alguna vocación histórica y que en muchos casos no habían recibido ellos mismos una adecuada formación básica en Derecho Romano. En la actualidad estos cursos han sido reabsorbidos por las carreras de Derecho de las universidades del país que antes controlaban el proceso científica y metodológicamente pero fuera de sus muros, y ahora tiene la llamada Universalización como cursos para trabajadores sin los niveles de masividad originales, sobre todo porque ahora el ingreso a toda carrera universitaria tiene como requisito haber aprobado el mismo examen de ingreso que se debe vencer para ingresar en los cursos regulares diurnos.

---

<sup>14</sup> Los Seminarios fueron nombrados y así se mantiene su esencia como Seminarios en el Caribe de Derecho Romano y Latinidad. Identidad e Integración Latinoamericana y Caribeña.

<sup>15</sup> Ponentes tradicionales de los últimos Congresos — desde el de La Habana del año 2002 — y de casi todos los Seminarios, como es el caso de la Maestra de la Universidad de Pinar del Río, Orisel Hernández Aguilar y el del autor de este artículo, hemos presentado trabajos de Derecho Público Romano en el cien por ciento de los casos.

Habana y Pinar del Río y de las instituciones tradicionales que dirigen académicamente estos congresos. En este se impartieron cursos previos, en la Universidad de Pinar del Río, por los profesores Pierangelo CATALANO, Giovanni LOBRANO, Mercedes GAYOSSO y NAVARRETE, Norberto RINALDI y Julio FERNÁNDEZ BULTÉ.

El tema central del Congreso de La Habana fue «El Derecho Romano en la Identidad e Integración de América Latina frente al fenómeno de la Globalización», y contó con la presencia de 106 delegados de 17 países.

En el informe de Relatoría de este Congreso se puede encontrar la siguiente conclusión:

La Comisión de Derecho Público Romano trató [...] sobre la importancia creciente del Derecho Público Romano para una comprensión total del Derecho Romano, la necesidad de la no traspolación anticientífica de terminología original de modelos políticos y jurídicos ajenos al Romano hacia la realidad histórica romana, la ascensión del municipio a lo más alto del ejercicio del poder político popular y la reivindicación del sistema jurídico indígena como simiente jurídica y cultural de América Latina, y como síntesis de la necesidad emergente de la integración latinoamericana a través y sobre el sistema político y jurídico latino, ante la globalización económica y cultural del modelo anglosajón y el neoliberalismo.<sup>16</sup>

En los últimos diez años, las publicaciones sobre Derecho Romano en Cuba han proliferado, sobre todo en obras de homenaje a juristas destacados cubanos o extranjeros.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> E. VALDÉS LOBÁN, M. MONTES LÓPEZ (comp.): *Memorias del XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano*, La Habana, Cuba, 7 al 10 de agosto del 2002, editado por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y la Universidad de Pinar del Río, Morelia y Pinar del Río, 2004, p. 399.

<sup>17</sup> En Cuba solo existen dos publicaciones jurídicas especializadas, que son la *Revista Jurídica*, del Ministerio de Justicia y la *Revista Cubana de Derecho*, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, por lo que la publicación de trabajos sobre Derecho Romano no encuentra un espacio natural y menos propio para su concreción. Aun así es notable que hayan aparecido trabajos de Derecho Romano en obras como las siguientes: *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté* (2009), *El Derecho como saber cultural. Homenaje al Dr. Delio Carreras Cuevas* (2011) y *Temas de Historia del Derecho y Derecho Agrario, homenaje al profesor Orestes Hernández Más* (2013), todos coordinados por el profesor Andry Matilla Correa, de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Igualmente trabajos cubanos aparecieron en la obra *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, compilado por el doctor José Luis Cuevas Gayosso y publicado por la Universidad Veracruzana de Xalapa, México en el año 2009.

Entre los trabajos más llamativos se encuentran: «El favor debitoris y la protección del contratante más débil. Raíz romanística y referencia a la legislación positiva cubana», de Teresa Delgado Vergara; «Una defensa a favor del valor justicia en el Derecho Romano de persona. Especial referencia al estatus jurídico del siervo en Roma», de Joanna González Quevedo; de la misma autora «La participación popular en el proceso de formación de la ley. Fundamentos históricos desde el iusromanismo». «Reflexiones en torno al enriquecimiento constitucional cubano con elementos del tribunado romano», de Julio Antonio Fernández Estrada; «Los principios republicanos del ideario martiano: su inspiración romanista», de Orisel Hernández Aguilar; «Las claves del urbanismo romano», de Marta Fernández Martínez; «Cuba y su contribución a la difusión de la cultura jurídica romana en Hispanoamérica durante el siglo XIX», de Lester Martínez Quintana y del mismo autor, junto a Yulieska Hechavarría González, «José Antonio Saco y el Derecho Romano. Pequeña historia de la iurisprudencia, ¿desde la oficialidad?», de Amalia Pérez Martín.

En el año 2004, los profesores Eurípides VALDÉS LOBÁN, Giovanni LOBRANO y Pietro Paolo ONIDA, logran un acuerdo para un Proyecto de Investigación sobre la «Influencia romanística en el pensamiento jurídico-constitucional de José Martí. Legado y vigencia». Este acuerdo fue reconocido por el gobierno cubano en 2005.

Del año 2007 a la fecha, los estudios y la enseñanza del Derecho Romano en Cuba han sufrido la desaparición física de los profesores VALDÉS LOBÁN, FERNÁNDEZ BULTÉ y CARRERAS CUEVAS, lo que ha dejado en manos de docentes jóvenes todo el trabajo que ellos habían impulsado durante los años más prolíficos de sus vidas.

Del año 2005 a la actualidad se han defendido tres tesis de doctorado en Ciencias Jurídicas, en Cuba, relacionadas con el Derecho Romano<sup>18</sup> y a su vez han sido presentadas tesis de licenciatura en

<sup>18</sup> En el año 2005 el autor de este trabajo defendió satisfactoriamente la tesis «El tribunado, sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico», primera tesis de doctorado en Cuba sobre Derecho Público Romano desde 1886, año en que se presentó el trabajo «Derecho Público de Roma en las relaciones con sus colonias y demás ciudades sujetas a su dominación y con las provincias», de José Antonio González Lanuza. En el año 2007, se defendió la tesis del profesor de la Universidad de Oriente, en Santiago de Cuba, Léster Martínez Quintana, titulada «El derecho civil romano en Cuba durante los siglos XVIII y XIX antes de la promulgación del *Código Civil* de 1889». En diciembre de 2014 se doctoró la maestra Joanna González Quevedo, de la Universidad de La Habana, con la tesis «La recepción de los principios del iusrepublicanismo romano en el diseño político-jurídico de la participación ciudadana en la República de Cuba». El resultado de esta investigación había evolucionado a su vez desde la tesis de licenciatura en Derecho y la tesis de maestría en Derecho Constitucional.



Derecho y de Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo, con temas de Derecho Romano o vinculados con este.<sup>19</sup>

Del año 2008,<sup>20</sup> hasta el día de hoy, se han profundizado las relaciones de trabajo de universidades cubanas, sobre todo con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari, donde ha jugado un papel de promoción y comunicación, admirables, el profesor Pietro Paolo ONIDA, que podría llamarse amigo del Derecho Romano cubano.

Del referido año hasta el día de hoy han sido beneficiados con becas de Profesores Visitantes a esta Universidad sarda, —siempre a partir de la vocación romanística y para el desarrollo de actividades

<sup>19</sup> En el año 2009 se defendió la tesis de licenciatura en Derecho en la Universidad de La Habana «La jurisprudencia en el Derecho actual ¿todos los caminos conducen a Roma?», de Amalia Pérez Martín, investigación que se convirtió en el libro del mismo nombre publicado por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes- San Luis Potosí, 2010. En el año 2011 se presentó y graduó la tesis en opción de maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Habana, del aspirante Luis Mario Coto, profesor de Derecho Romano en la Universidad Agraria de San José de las Lajas, con el título «La participación popular en el Consejo Popular cubano a través del Poder Negativo Indirecto». En el mismo año y con igual éxito, se presentó la tesis, en la mencionada maestría, de la profesora pinareña Orisel Hernández Aguilar, titulada «La técnica jurídica de la regulación de los mecanismos de participación popular municipal en Cuba y su incidencia en la realización de los mismos. Análisis probabilístico de la percepción de los operadores en el municipio Pinar del Río». En el mismo año y en el mismo postgrado se graduó Liliam Fiallo Monedero con la tesis «Las autonomías bolivianas. Espacios de poder local» y Abraham Zaldívar Rodríguez, con la tesis «Empoderamiento. Una nueva propuesta conceptual», en dicha maestría pero en el año 2013. En el año 2011, se defendió la tesis de licenciatura en Derecho en la Universidad de La Habana «Municipio romano y mecanismos de participación popular. Aportes al constitucionalismo latinoamericano actual de Venezuela y Ecuador», de la aspirante y actual profesora de Derecho Romano, Viviana Romero. En el año 2013 se graduaron de la licenciatura en Derecho en La Habana, los estudiantes Verónica Hernández Morejón y Ernesto Ramos Montañés, con el trabajo de diploma «El Derecho Civil Romano como sistema único de Derecho. Su difusión académica en la Universidad de La Habana». La tesis de licenciatura «El fenómeno de la recepción de la Instituta de Gayo en sede de contratos consensuales para el Derecho Civil cubano actual», de la estudiante Regla Yinet Piedrahita Reboredo, se presentó satisfactoriamente en la Facultad de Derecho de la Habana en el año 2014. En el propio año 2014 se publicó por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C, y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes-San Luis Potosí, la obra *De Roma a América Latina: el Tribuno del pueblo frente a la crisis de la República*, de Julio Antonio Fernández Estrada.

<sup>20</sup> En noviembre de 2008 se desarrolló en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Sassari un evento de una jornada, donde presentamos avances de investigación los profesores invitados cubanos Freider SANTANA, Léster

docentes e investigativas— docentes cubanos de altas casas de estudios de las provincias de Santiago de Cuba, Ciego de Ávila, La Habana y Pinar del Río.

A partir de una idea impulsada por los romanistas sardos Giovanni LOBRANO y Pietro Paolo ONIDA, se ha relanzado en la actualidad la vigencia de un viejo Convenio de Colaboración Académica, firmado en los años del acercamiento inicial entre las universidades de La Habana y Sassari, ahora convertido en un nuevo intento de acuerdo marco de cooperación académica, que involucra a las Universidades de La Habana, Pinar del Río, Sassari, Roma, Tor Vergata, Boloña, Brescia, Padua, y la Unión Nacional de Juristas de Cuba, y que se encuentra en proceso de negociación.

Importante momento para este relanzamiento fue la reunión celebrada en la Universidad de La Habana, el 5 de agosto de 2013, entre profesores italianos y cubanos, en representación de centros de altos estudios de Sassari, Brescia, La Habana y Pinar del Río, en la que resultó la propuesta de organizar el trabajo conjunto a partir de la premisa de estudiar los problemas generales del Derecho a través del Derecho Romano, según la noción del gran romanista italiano Giuseppe GROSSO y bajo un lema paradigmático que debía salir de la obra del jurista cubano Julio FERNÁNDEZ BULTÉ.

Para dar continuidad a esta propuesta y durante el II Seminario de Estudios de Codificación Municipal, realizado en Sassari, en diciembre de 2013, el profesor Pierangelo CATALANO dio lectura a una propuesta cubana —en el evento éramos ponentes la maestra Orisel Hernández Aguilar y el autor de este artículo— de problemas del Derecho que debían atravesarse con la ética y la lógica del Derecho Romano.

Entre estos problemas considerados por nosotros se encuentran:

. Carácter exclusivo del concepto de pueblo en la actualidad. ¿Qué Estado defendemos en y para la democracia latinoamericana y dentro del constitucionalismo bolivariano, el que se pretende por la teoría encabezada históricamente por las concepciones de Hobbes o Hegel, o el que rescata valores y conceptos romanos y republicanos como sociedad y fraternidad?

. La República y el Republicanismo actuales mirados a través del Derecho Romano. Análisis y confrontación de la interpretación

MARTÍNEZ y Julio Antonio FERNÁNDEZ, bajo el auspicio de la presidencia de la Facultad de Jurisprudencia en la referida universidad, del profesor Giovanni Lobrano y la coordinación constante de Pietro Paolo Onida. Este encuentro estuvo dedicado a los recientemente fallecidos romanistas cubanos Julio FERNÁNDEZ BULTÉ y Eurípides VALDÉS LOBÁN.

democrática pero helenística y no romanista de una parte de las ideas políticas y jurídicas actuales, y la mirada propiamente romanística sobre la República. ¿Es el republicanismo que se defiende hoy, en el llamado por Pierangelo CATALANO, constitucionalismo bolivariano, consecuente con la idea romana de República? Estudio de la idea de una teoría de la República, presente en el *Digesto* de Justiniano, explicada por Giovanni LOBRANO.

. El problema de la existencia o no de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Estudio de la tesis del constitucionalismo bolivariano, de Pierangelo CATALANO.

. El problema de la integración política y jurídica de América Latina, a través de la mirada romanística.

. ¿Cómo estudiar, entender o enriquecer la discusión latinoamericana sobre el pluralismo jurídico, desde el Derecho Romano?

. El problema del interés público y el interés privado en la creación, ejecución y control de las políticas llamadas públicas. ¿Es realmente pública la administración que llamamos pública? Interpretación y estudio desde el Derecho Romano.

. ¿Protección al consumidor o protección a la ciudadanía? El problema de proteger de forma especial a los consumidores y no a los ciudadanos en general. Qué tiene que decir o aportar a este problema el Derecho Romano.

. El problema del Derecho, de la confusión entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico, analizado desde la perspectiva romanista.

### **A manera de conclusiones**

En la actualidad los estudios y la enseñanza del Derecho Romano en Cuba mantienen, a mi entender, las siguientes características:

. Pobre uso de las fuentes romanas, y por lo tanto un uso desmedido de las obras de difusión didáctica del Derecho Romano.

. Acceso problemático a la bibliografía especializada y actualizada en temas de Derecho Romano, de Italia, América Latina y otras partes del mundo.

. Consolidación de los estudios de Derecho Civil de espaldas al Derecho Romano o mediante acercamientos superficiales.

. Consideración establecida sobre el carácter histórico del Derecho Romano y sobre su trascendencia, en todo caso, para la formación cultural del jurista.

. Dificultad creciente para defender la existencia, autonomía, legitimidad y utilidad, de temas de investigación propiamente romanísticos, dentro de las universidades cubanas.

- . A la misma vez, se evidencia la consolidación de una visión revivida del Derecho Romano, dejada como impronta por hombres como Julio FERNÁNDEZ BULTÉ o Eurípides VALDÉS LOBÁN, visible en la trayectoria docente e investigativa de las nuevas generaciones de juristas cubanos, que conservan la vocación romanista con prestancia y verticalidad científica.
- . Es un hecho el impacto de las obras sobre Derecho Público Romano, de romanistas como Pierangelo CATALANO, Giovanni LOBRANO o Pietro Paolo ONIDA, entre los nuevos investigadores y docentes cubanos.
- . No se vislumbra ninguna amenaza, en fin, para el Derecho Romano, ni de tipo académico ni de tipo burocrático, porque goza de legitimidad en la tradición de la enseñanza del Derecho en Cuba.

## **Las salas de justicia familiar en Cuba: una mirada histórica desde el derecho sustantivo de familia**

Olga MESA CASTILLO\*

Con un sucinto recuento histórico se pretende mostrar la impronta que antes del triunfo de la Revolución cubana en 1959, aportó la legislación sustantiva de Derecho familiar (y excepcionalmente se muestran otras relacionadas con los derechos de la mujer) contribuyendo – todas – con gradientes de progreso a regular la igualdad jurídica y la plena capacidad de la mujer, los derechos de los hijos – entonces – ilegítimos, el divorcio con disolución del vínculo, los tabúes sobre el adulterio, el aborto, el concubinato, entre otras normativas emancipadoras de las relaciones familiares. Asimismo se exponen los principales aciertos que introdujo en 1975, el Código de Familia independiente del *Código Civil*, como primer Código de Familia del continente americano que emergía de una nueva concepción política, ideológica y jurídica, sustentada en los valores de la sociedad socialista.

Ante la evidencia del desarrollo progresivo y de avanzada en el tiempo que transforma al Derecho sustantivo de familia, se esgrimen criterios acerca de la reticencia histórica en ofrecer una respuesta adecuada desde el derecho adjetivo o instrumental y una jurisdicción especialmente dedicadas a esta rama del saber jurídico.

La experiencia ganada en la creación de las Salas o Secciones de Justicia Familiar nos ha incitado a ofrecer reflexiones valorativas finales que deseamos compartir.

### **La historia**

El afán de reglamentación legal de la familia dentro del ordenamiento jurídico de la isla de Cuba, se establece lentamente; en los 467 que corren desde el «descubrimiento», en 1492, hasta el triunfo revolucionario de 1959, su devenir histórico ha transitado por distintas etapas.

Al principio, como herederos de la legislación española en los primeros siglos de la conquista, rigió la Legislación Castellana como supletoria de la de Indias, pero con el avance de los siglos fue creciendo una conciencia de rebeldía y los afanes de independencia ante el sometimiento, primero, a la metrópoli española de la que fuimos colonia hasta finales del siglo XIX (1898) y luego, en la pseudorrepública, ante la eterna intervención norteamericana de la que fuimos víctimas reales hasta 1959. Esa toma de conciencia incrementó, a la par, el sentido de la identidad cubana y la necesidad de concebir nuestras propias normas para la conquista de derechos patrios.

Unido a ese espíritu de rebeldía y de ansias patrióticas, surge casi a mediados del siglo XIX, en 1869,<sup>1</sup> una expresión, con vertical ruptura para la época, de los principios conservadores y convencionales de las instituciones del matrimonio y del divorcio. Ese fue el primer acto de insurrección jurídica con un propósito liberador y secularizante emprendido, nada menos, que por nuestros insurgentes en los campos de batalla de Cuba en Armas, al aprobar la llamada Ley del Matrimonio Civil, concebido como un contrato y la regularización del divorcio con carácter desvinculatorio en el que se admitía como causa de disolución hasta el mutuo disentimiento o mutuo acuerdo.

Tal conceptualización del matrimonio y sobre todo del divorcio era sencillamente inconcebible para ese momento histórico y puede considerarse la primera contribución al Derecho Sustantivo de Familia en Cuba.

A partir de ese hecho histórico, que sólo rigió en los territorios liberados y nunca constituyó ley oficial de la Colonia, se despliega, comenzada —la República—, una secuencia de aportes de progreso, más o menos continuados en el tiempo, mediante la promulgación de órdenes, leyes especiales y textos constitucionales, casi siempre con el objetivo de proteger los derechos de la mujer y de los hijos. Reseñemos sucintamente el contenido esencial de aquellas más connotadas e incluidas, fundamentalmente, dentro de la legislación que correspondía entonces al Derecho Civil y por excepción a otras disciplinas jurídicas. Así se pasarán a exponer en orden cronológico:

\* Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Titular y Consultante de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC).

<sup>1</sup> Incluso antes de regir en la Isla el *Código Civil* español de 1888 hecho extensivo a Cuba en 1889.

1900: Se deroga el impedimento dirimente de incapacidad para contraer matrimonio a los adúlteros entre sí.<sup>2</sup>

1917: la mujer casada adquiere la libre administración de sus bienes propios, sin que fuere necesaria la licencia del marido para tales actos y la madre viuda – vuelta a casar – no pierde la Patria Potestad sobre los hijos de su anterior matrimonio.<sup>3</sup>

1918: Se institucionaliza el divorcio con disolución del vínculo y se establece como única forma válida de matrimonio al civil, considerado como un contrato. El adulterio se enuncia como causal de divorcio, tanto para el hombre como para la mujer. La mujer divorciada no culpable tiene derecho a recibir una pensión alimenticia. Se establece el procedimiento especial para el divorcio por mutuo disenso.<sup>4</sup>

1925: Se regulan las demandas de la mujer trabajadora en cuanto a las labores que podrían y debían ser realizadas por mujeres, contar con servicio sanitarios propios, tiempo para alimentar al hijo y derecho a sentarse en una silla (ratifica una ley anterior).<sup>5</sup>

1929: La mujer que se casare con un extranjero no pierde su nacionalidad por razón del matrimonio.<sup>6</sup>

1930: Se derogan del Código Penal los delitos de adulterio de la mujer y amancebamiento del marido.<sup>7</sup>

1934: Por la Constitución proclamada se concede a la mujer el derecho al voto.<sup>8</sup>

1938: Se consideran también hijos legítimos a los habidos fuera del matrimonio de padres que en el momento de la concepción estuvieran o no, en aptitud de contraer matrimonio siempre que en cualquier tiempo posterior celebraren matrimonio legal.<sup>9</sup>

1940: Constitución en la que se establece la igualdad de los derechos para ambos cónyuges, se institucionaliza por primera vez el concubinato, equiparable por razones de equidad al matrimonio civil siempre que los concubinos tuvieren capacidad legal para contraer matrimonio civil y existiera estabilidad y singularidad en esa unión. Se admite la investigación de la paternidad y queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. Se establece la igualdad

<sup>2</sup> Cfr. Orden militar (de los interventores norteamericanos) no. 407 de 1900.

<sup>3</sup> Cfr. Ley de 18 de julio de 1917 (Ley de Parafernales).

<sup>4</sup> Cfr. Ley de 9 de julio de 1918.

<sup>5</sup> Cfr. Decreto Ley no. 2303 de 18 de noviembre de 1925.

<sup>6</sup> Cfr. Ley de 1ro. de julio de 1929.

<sup>7</sup> Cfr. Ley de 6 de febrero de 1930.

<sup>8</sup> Cfr. Constitución de 3 de febrero de 1934.

<sup>9</sup> Cfr. Ley del 15 de agosto de 1938.

de derechos de los hijos matrimoniales y extra- matrimoniales, salvo los correspondientes a la herencia de sus progenitores.<sup>10</sup>

1950: Ambos progenitores ejercen la Patria Potestad sobre sus hijos. La mujer puede formar parte del Consejo de Familia. Ambos cónyuges son los administradores de la sociedad de gananciales. La mujer casada podía ejercer libremente el comercio sin necesidad de licencia marital. Dispone que se derogue toda limitación en cuanto a capacidad de la mujer que merme la igualdad de los sexos.<sup>11</sup>

Como es de imaginar, toda esta preceptiva si bien contradecía lo que estaba legislado y vigente e impugnaba lo establecido o, por el contrario, suplía las lagunas en la ley, sobre todo en el *Código Civil* español abriendo espacios en la práctica a través de las órdenes, leyes especiales y en la Constitución que concede a la mujer el derecho al voto, no alcanzó su plena aplicación. La Constitución de 1940, sin duda la más progresista de todas las relacionadas, no tuvo la oportunidad de irradiar su espíritu al no dictarse con posterioridad una legislación complementaria; solo en parte y diez años después se logró con la ley de 1950. De esta manera los deseos de igualdad de los constituyentes y de su ley complementaria, no rebasaron los límites jurídicos formales por la oposición que imponía la estructura económica y socio- clasista de aquella sociedad.

### **El significativo año de 1959**

Al triunfo de la Revolución se promulgaron o sancionaron una serie de leyes que impactaron, sobre todo, en el plano socioeconómico: la Primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, las leyes de nacionalización de empresas norteamericanas, o de empresas, fábricas y demás bienes y derechos de determinadas personas naturales o jurídicas mediante la expropiación forzosa, la Ley de Reforma Urbana, la Ley de Nacionalización de la Enseñanza y otras con igual sentido de reivindicación patriótica,<sup>12</sup> pero ninguna se centra en el Derecho de Familia.

<sup>10</sup> Cfr. Constitución de la República de Cuba. Ley no. 1 proclamada el 5 de julio de 1940.

<sup>11</sup> Cfr. Ley no. 9 del 20 de diciembre de 1950. (Ley de equiparación civil de la mujer) complementaria de la Constitución de 1940.

<sup>12</sup> Cfr. Ley de nacionalización de veintiséis empresas norteamericanas, de 6 de agosto de 1960, Ley de Nacionalización mediante expropiación forzosa a empresas, fábricas y demás inmuebles, bienes y derechos de determinadas personas naturales o jurídicas. Ley no. 890 de 13 de octubre de 1960. Ley de Reforma Urbana del 14 de octubre de 1960. Ley de Nacionalización de la Enseñanza del 6 de junio de 1961. Segunda Ley de Reforma Agraria de 3 de octubre de 1963.



En la esfera de los derechos de la mujer y fuera del contexto del derecho sustantivo de familia, a partir de 1965 se permitió sin la base jurídica necesaria, el acceso al aborto inducido, como última medida para resolver un problema de embarazo no deseado, que no se supo o no se pudo evitar. «La causa mayor y casi única de mortalidad materna en ese año 1965 se debía — precisamente — al aborto inducido».<sup>13</sup>

En esa misma proyección de los derechos de la mujer se promulgó en 1963 una Ley de Seguridad Social que se ocupó del seguro social de maternidad para todas las mujeres trabajadoras, tanto del sector estatal como privado y garantizó la licencia retribuida pre y post natal a doce semanas, entre otros beneficios.

En 1974 la Ley de Maternidad de la trabajadora incorpora y amplía los beneficios anteriores y extiende la licencia retribuida de maternidad a 18 semanas, 12 de las cuales la disfruta la madre después del parto.<sup>14</sup>

En el propio año 1974 se promulga una nueva Ley de Procedimiento Civil y Administrativo<sup>15</sup> que, como era de esperar, se basaba todavía en la regulación que en materia sobre relaciones familiares contenía el *Código Civil* español, aun a la sazón vigente y en parte modificada por las leyes especiales progresistas que hicieron su aparición desde principios del siglo xx, como hemos informado.

La circunstancia de la entrada en vigor de una Ley de Procedimiento Civil, precediendo en el tiempo a la sanción, — un año después —, de un Código de Familia independiente desgajado del *Código Civil*, tuvo una repercusión tal que marcó un designio perturbador para el desarrollo de un proceso especial de familia. Ante todo, se consideraba que mediante el proceso civil podían resolverse los conflictos familiares pues, en rigor, no existía en el *Código Civil* español un libro dedicado al Derecho de Familia con este título, sino que la materia estaba dispersa en el libro primero relativo a la persona, en el libro tercero dedicado al Derecho de Sucesiones,<sup>16</sup> en el libro cuarto, de las obligaciones y contratos, en su título tercero, en que se regulaba el régimen económico

<sup>13</sup> Celestino ÁLVAREZ LAJONCHERE: «Comentary on abortion law and practice in Cuba», *International Journal of Gynecology and Obstetrich*, int. J. Gynecol Obs-  
ted, 1989, suppl. 3; 93; 95.

<sup>14</sup> Cfr. Ley no. 1100 de 27 de marzo de 1973 de seguridad social (derogada) y Ley no. 1263 del 14 de enero de 1974 (derogada).

<sup>15</sup> Cfr. Ley no. 1261 del 4 de enero de 1974. Ley de Procedimiento Civil y Administrativo, derogada por la Ley no. 7 de 19 de agosto de 1977, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y actualmente además Económico.

<sup>16</sup> En el que se regulaba el parentesco, los derechos hereditarios de los hijos ilegítimos, de los naturales reconocidos, de los herederos forzosos y demás disposiciones sobre este derecho.

del matrimonio. No existía entonces una sistematización de un Derecho que pudiera llamarse de Familia.

### El Código de Familia de 1975

Con la promulgación de un Código de Familia independiente que incluía raigales modificaciones en la mayoría de sus instituciones, especialmente en el divorcio al instituirlo como «divorcio-remedio» y eliminando la culpabilidad y el régimen taxativo de causales preestablecidas en *numerus clausus*; pero fundamentalmente, al permitir en un cuerpo autónomo la sistematización integrada de la materia relativa a la regulación de las relaciones familiares, se transfigura, per sé, una distinta valoración de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, que se separa de la que es propia del sistema del Derecho Civil, diferencia que al decir de un destacado familista: es un tema que ni se discute y que la cultura jurídica da como un hecho.<sup>17</sup> Este desgajamiento del *Código Civil* imponía la necesidad inmediata de la promulgación de una ley de procedimiento familiar complementaria, que tampoco se logró con la nueva ley dictada en 1977 denominada — entonces — Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral<sup>18</sup> todavía vigente

<sup>17</sup> Diego BENAVIDES SANTOS: Jurista distinguido de Costa Rica que ha dedicado más de diez años a estudiar el tema de lo procesal familiar en *Axiomas del Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2013, p. 22.

Esta autora ha creído conveniente insistir en este trabajo (aunque tiene un contenido histórico) en expresar (como lo hace más adelante) sus criterios acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, pero pide licencia a los lectores para que un reconocido jurista, esta vez mexicano también exponga los suyos con sus propias palabras, que en general concuerdan con las de ella. Se trata del doctor Miguel Ángel Soto Lamadrid, Encargado del Área de Investigaciones Jurídicas del Postgrado en Derecho de la Universidad de Sonora. Ver *Código de Familia para el Estado de Sonora, Reseña y Comentarios al Código de Familia para el Estado de Sonora*, Editorial Beilis, Hermosillo, Sonora, 2011, p.1. Dice el doctor Soto Lamadrid: «[...] ya que gran parte de sus normas, las que regulan la estructura y dinámica de la familia, responden a principios de derecho público y de interés social, es decir, son disposiciones que se imponen a los destinatarios con independencia de su voluntad, porque buscan salvaguardar valores comunitarios de alta estima, a diferencia del privado y, además, porque no comportan el principio de igualdad, sino que pretenden proteger a los individuos más débiles, como son los niños, los enfermos, los ancianos, y en ciertos casos, a la mujer, a través de instituciones como los alimentos, las sucesiones, la sociedad conyugal y concubinaria, la adopción, la tutela, y el patrimonio de familia entre otras, tal y como reclaman, desde su nicho constitucional, otros derechos sociales como el laboral y el agrario, vanagloria de los mexicanos». (Fin de la cita).

<sup>18</sup> Cfr. Ley no. 7 del 19 de agosto de 1977. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral (última reforma en 2006, incluye lo económico).

y ahora aumentada con el procedimiento de lo económico, la cual no solo omitió en su exposición de motivos o por cuanto toda referencia explícita al Código de Familia, a pesar de que ya contaba con una vigencia de dos años, sino que, además no fue feliz en la interpretación de algunas de sus innovaciones, aunque otras, como el proceso sumario de alimentos, corrieron mejor suerte. Es decir, sin explicación plausible alguna se mantuvo fiel a la versión de 1974, apegada a la dicción del *Código Civil* español o al de las leyes especiales posteriores, supuesto que se hace muy evidente en la interpretación que realiza al regular el proceso especial de Divorcio por Justa Causa, contradiciendo los principios sustantivos del mismo expuestos en el Código de Familia. Peor aún, ni siquiera se discutió la necesidad de un proceso familiar autónomo, por considerar que el proceso civil había demostrado —según criterios mayoritarios— su absoluta competencia para proteger a la familia.

Con el Código de Familia en texto independiente,<sup>19</sup> queda derogada toda la legislación anterior sobre el llamado «derecho de persona» y los demás libros y títulos en que el *Código Civil* español regulaba asuntos relativos a la familia. Asimismo deja sin efecto todas las disposiciones en todo cuanto estas se opusieran al cumplimiento de lo dispuesto en el mismo. Se trataba sin dudas de un Código radical y verdaderamente avanzado para su momento histórico, con una valoración diferente desde el punto de vista político y jurídico de la regulación de las instituciones familiares que emergían de las nuevas relaciones sociales basadas en la propiedad social sobre los fundamentales medios de producción y proyectaba un original modelo de familia para todo el continente. Lamentablemente, han pasado 40 años y ya resulta imprescindible su actualización.

Sus principales aportes, (nos referiremos a los más novedosos que trascendieron años más tarde para otras legislaciones sobre la familia en otras naciones) se expresan escuetamente:

. La regulación del divorcio-remedio, ya mencionado.

<sup>19</sup> Cfr. Ley no. 1289 del 14 de febrero de 1975 (Día de los enamorados, Día de San Valentín) vigente a partir del 8 de marzo de 1975 (Día Internacional de la Mujer). Antes del Código de Familia de Cuba, habían surgido en América Latina, Códigos de Familia en Bolivia (1972) y en Costa Rica (1973). Posteriormente se promulgaron Códigos de Familia en El Salvador, Honduras, Panamá y Nicaragua (tiene un proyecto terminado). En México, República compuesta por Estados independientes, han surgido Códigos familiares en Zacatecas, Hidalgo, Morelos, Michoacán, San Luis Potosí, el de Sonora, reciente, pero otros Estados ya los tienen o esperan regular los suyos propios.

- . Establece la absoluta igualdad de los hijos, matrimoniales o no, a todos los efectos legales, incluyendo el de acceder a la herencia de sus progenitores.
- . El matrimonio civil es el único válido y pueden contraerlo personas de distinto sexo que hayan cumplido dieciocho años, aunque carezcan de capacidad natural para procrear o para la cópula carnal.
- . Se acoge el matrimonio de púberes (14 la mujer, 16 el varón) con autorización de padres, tutores o parientes concernidos.
- . Los derechos y deberes conyugales se establecen con igualdad jurídica absoluta.
- . Ambos cónyuges administran los bienes de la comunidad matrimonial. El único régimen económico es el de la comunidad matrimonial de bienes, no admitiéndose capitulaciones matrimoniales.
- . Se admite la existencia de la unión de hecho. Se regula mediante las figuras del matrimonio formalizado con carácter retroactivo y del reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. En ambos casos, al legalizarse la unión de hecho se convierte en matrimonio civil.
- . Se reconoce la unión de hecho putativa, es decir, mediando la buena fe.
- . La Patria Potestad se ejerce por ambos padres conjuntamente.
- . Se establece la adopción plena.
- . Se establece la tutela de autoridad judicial, de carácter público o cuasi público para menores de edad o mayores declarados judicialmente incapacitados.
- . Se regula la llamada tutela asistencial o tutela legal administrativa.
- . Los alimentos son siempre civiles, no naturales.
- . Se establece un concepto de arbitrio judicial denominado «en beneficio de los intereses de los menores», adelantándose al concepto de «el interés superior del niño» de la Convención de los Derechos del Niño de 1989.

Pero el Código, con tamañas innovaciones para su tiempo, antecedió a la Constitución de la República proclamada un año después, el 24 de febrero de 1976 y este acontecimiento significó un inconveniente para el desarrollo constitucional en materia de familia, pues en lugar de contarse con una Constitución que marcara las pautas en esta disciplina, sucedió al revés. La Carta Magna decidió reproducir de forma muy concisa y en solo cuatro

artículos, algunos de los enunciados fundamentales del Código de Familia. Tomando como referencia a la Constitución de 1940, encabeza el capítulo dedicado a la familia expresando, como esta, que el Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio, omitiendo la protección de la paternidad.

El reconocimiento expreso del llamado derecho fundamental del niño a la biparentalidad (el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular) responde a un principio establecido por la Convención de los Derechos del Niño de 1989,<sup>20</sup> pero es lo cierto que si bien el Código de Familia establece como uno de sus objetivos el de contribuir al fortalecimiento de la familia, ello, evidentemente no puede lograrse sin el concurso del padre.

Mi opinión personal es, que tanto los redactores del Código de Familia de 1975 como los constituyentes de 1976 y los procesalistas de 1977 confiaban, no solo en el proceso y la jurisdicción civil para dar cauce a los conflictos familiares, sino en las extraordinarias políticas públicas de protección a la infancia, la mujer, los adultos mayores incapacitados y a las personas con discapacidad, que han hecho de Cuba el único país de América Latina que se encuentra entre los diez con mejores resultados en el Informe de Desarrollo Humano no Económico en la última década.<sup>21</sup>

Sin embargo, a nivel universal, en armonía con las nuevas realidades de las relaciones familiares y sus conflictos jurídicos y a los caracteres específicos que estos asumen, se necesitaba proteger a la familia misma con otra mirada. Ya a partir de la segunda mitad del siglo xx, en particular desde los años 60, comienza a generarse un amplio movimiento doctrinario que postula la instalación de un fuero especializado para atender los conflictos familiares,<sup>22</sup> y surgen así los

<sup>20</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, aprobado por Resolución 44/25 de la Asamblea General de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Cuba la firmó el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 21 de agosto de 1991. Entró en vigor el 20 de septiembre de 1991 por la Gaceta Oficial. Cfr. Arts. 7.1, 9.1, 9.3.

<sup>21</sup> O. FONTICOPA GENER: Reporte en el periódico *Granma* de 1 de octubre de 2011, titulado: «Mantiene Cuba alto índice de Desarrollo Humano (IDH)», «Cuba es la única nación en desarrollo con mayor desempeño en ese aspecto con un aumento de dos años en la esperanza de vida y de cinco en la escolarización esperados», «Según Sr. Khalid Malik Secretario General Auxiliar de la Naciones Unidas y nuevo director de la oficina del Informe de Desarrollo Humano (IDH)».

<sup>22</sup> Roberto BERIZONCE et al: *Tribunales y procesos de familia*, Librería Editorial Platense, La Plata, Argentina, 2001.

tribunales de familia en casi todo el planeta basados en un proceso específico, el de familia.

### Las Salas o Secciones de Justicia Familiar

En los primeros decenios del pasado siglo XX, relevantes figuras del Derecho en nuestro país ya se habían pronunciado, una que otra vez, a favor de una jurisdicción especial para dar respuesta a las cuestiones familiares. Lo hicieron Eduardo LE RIVERAND BRUSONE,<sup>23</sup> Emilio MENÉNDEZ MENÉNDEZ<sup>24</sup> y José GUERRA LÓPEZ.<sup>25</sup> En los años 80, desde la Cátedra de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana y desde la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba<sup>26</sup> se defendía con pasión la necesidad de establecer un proceso y un fuero especial para el Derecho de Familia.

No fue sino hasta el 7 de abril de 1997, cuando el Consejo de Estado y la firma de su presidente Fidel Castro Ruz, acuerda aprobar y poner en vigor el Plan de Acción Nacional de la República de Cuba de seguimiento a la IV Conferencia de la ONU sobre la Mujer, elaborado, fundamentalmente, por la Federación de Mujeres Cubanas bajo la presidencia de la inolvidable Vilma Espín y el apoyo de notables expertos. El Plan contenía un acápite dedicado a la Legislación en Derecho de Familia que en su numeral 63 presentaba una propuesta que había sido discutida y aprobada en el Seminario nacional anterior para Estudiar la conveniencia y posibilidad de establecer procedimientos diferenciados para la solución judicial de los asuntos de familia, considerando la creación de salas o tribunales de familia, responsabilizando de ello al Ministerio de Justicia, al Tribunal Supremo y a la Fiscalía General de la República.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Eduardo LE RIVERAND BRUSONE: *El derecho de la mujer casada*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1945, p. 40

<sup>24</sup> Emilio MENÉNDEZ MENÉNDEZ: *El matrimonio*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939, pp. 129 y 146.

<sup>25</sup> José GUERRA LÓPEZ: *Lecciones sobre Derecho de Familia*, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones de la Universidad de La Habana, p.8 (citado por) Miriam Velazco Mugarra, *La guarda y cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad*, Ediciones ONBC, La Habana, 2008, p. 22.

<sup>26</sup> Olga MESA CASTILLO: «El divorcio otro ángulo de análisis», en *Revista Cubana del Derecho*, julio-septiembre de 1989, La Habana, p. 124; Olga MESA CASTILLO (Coord.) *Temas de Derecho de Familia*, Editorial Félix Varela, La Habana 2001, el artículo «Fundamentación de la necesidad de implantar en Cuba el Derecho procesal de Familia», de Olga MESA CASTILLO, Osvaldo ÁLVAREZ TORRES y Luis L. PALENZUELA PÁEZ.

<sup>27</sup> «Plan de Acción Nacional de Seguimiento a la Conferencia de Beijing», República de Cuba, *Gaceta Oficial* de 5 de mayo de 1997, p.18.

A partir de ese momento se abrió una brecha por donde introducir el debate abierto sobre la toma de conciencia acerca de la propuesta. Se necesitaba demostrar que el Derecho de Familia era un Derecho diferenciado del Derecho Civil, no necesariamente divorciado de él, pero con rasgos jurídicos propios, que se hacen evidentes ante el carácter imperativo (de *ius cogens*) de gran parte de su normativa; por ser los derechos-deberes que se le atribuyen intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles e inderogables; sus normas son de obligado cumplimiento, no meramente supletorias, ni dispositivas, reservando un campo verdaderamente limitado para la autonomía de la voluntad y; en las que predomina el deber jurídico sobre el derecho subjetivo. Las relaciones familiares no pueden estar sometidas a condición o a término, ni en general pueden ejercitarse mediante representantes, admitiendo más que ningún otro derecho, el abordaje interdisciplinario. Y por último, no por ello lo menos importante, el sentido predominantemente ético-moral y la proyección educativa que lo caracteriza.<sup>28</sup>

A pesar del Plan de Acción Nacional y ser ciencia establecida de innegable certeza la específica naturaleza jurídica de este Derecho, la reticencia en los sectores más conservadores se mantuvo por seis años más. No se concebía la necesidad de crear Secciones Especiales para la justicia familiar, cuando en verdad, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Tribunales Populares vigente,<sup>29</sup> el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular estaba facultado para la creación de Secciones Especiales dentro de la demarcación territorial de cada municipio. Si nos atenemos a las estadísticas de los propios Tribunales Municipales,<sup>30</sup> debieron de crearse desde un principio las Secciones Especiales, pero para los asuntos en materia civil, que son a esa instancia los de menos radicación, mientras que las secciones fundacionales debieron ser las que guardaban relación con el Derecho de Familia, pues estas

<sup>28</sup> Ética y moral no son sinónimos: La ética es una ciencia que estudia el problema del bien o el mal en la conducta humana, independientemente de las distintas formas de actuar imperante en una comunidad (la moral). La moral es un valor. José H. MARTÍNEZ ORTIZ: Lecciones de apoyo a un curso de ética jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Juárez, Estado de Durango, Artes Gráficas La Impresora, Durango, México, 2006, pp. 42 y 55.

<sup>29</sup> Ley 82 de 1997 de 11 de junio, Ley de los Tribunales Populares.

<sup>30</sup> Información estadística brindada por el Tribunal Supremo Popular sobre la radicación de asuntos de Familia en los Tribunales Municipales, año 2008 (con un comportamiento similar en los años anteriores y actuales).

representan el 80.5% de los asuntos sometidos a esa jurisdicción y competencia.

A partir del año 2003 y hasta el 2006 se desarrollaron intensas jornadas de debate mediante tres talleres nacionales coordinados por la Federación de Mujeres Cubanas, la Sociedad de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, con la participación del Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, la Organización Nacional de Bufetes Colectivos y otras instituciones y centros de investigación. Todo este empeño culmina con el acuerdo de iniciar una experiencia en dos Tribunales Municipales del país, lo que se hizo efectivo el 20 de diciembre de 2007 cuando el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular aprobó la Instrucción 187.<sup>31</sup>

Por los resultados positivos alcanzados se extendió la experiencia de manera gradual a otros Tribunales seleccionados y mediante la Instrucción no. 191 de 2009 del propio Consejo de Gobierno, se autorizó la aplicación de aquella por los tribunales de jurisdicción civil.<sup>32</sup> De manera que se enriquecieron los procedimientos de la jurisdicción civil en asuntos muy puntuales, desde el momento en que se autoriza la aplicación de aspectos novedosos que introdujo la Instrucción 187 de 2007 para los conflictos en materia de familia.

En el año 2012 se aprueba la Instrucción Jurisdiccional número 216, abrogando la anterior con el argumento expresado en su exposición de motivos de que no obstante los satisfactorios resultados obtenidos hasta el presente en la aplicación de la referida Instrucción que demuestran lo oportuno y valioso de su implementación en la evolución cualitativa de la labor judicial en esta materia —referida a la de familia—, se evidencia la necesidad de incorporar al contenido de la mencionada disposición normativa, nuevos aspectos regulatorios que propicien su actualización y perfeccionamiento.

Con la extensión de la experiencia a más Tribunales Municipales de la nación y la perfección de determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, demuestran que los familistas cubanos, al fin, hemos ganado esta batalla.

<sup>31</sup> Instrucción 187 de 20 de diciembre de 2007, *Gaceta Oficial* de la República de Cuba, extraordinaria, martes 15 de enero de 2008.

<sup>32</sup> Miriam VELAZCO MUGARRA: «La jurisdicción en armonía con los principios indeclinables del Derecho de Familia en Cuba», *Revista Cubana de Derecho*, no. 38, julio-diciembre del 2001, La Habana, p. 17.



### **Valoraciones finales**

Desde que fue sancionado en 1975 el Código de Familia independiente del *Código Civil*, se ha tenido que esperar más de treinta años para empezar a implementar un fuero especial para el Derecho de Familia. No obstante, se presenta ahora el contrasentido de que si bien se cuenta con las Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular en las que se reconocen los principios cardinales de ese Derecho que tratan de adecuarlos a las reglas procesales vigentes dentro de la estructura jurisdiccional actual aun cuando conforman en rigor una Ley de proceso familiar, se presentan en el escenario social, jurídico y judicial, situaciones y conflictos que nuestro envejecido Código de Familia no ha tenido oportunidad de regular en espera de la aprobación de uno nuevo y actualizado.

Así, la escucha del menor en función de su capacidad progresiva, la participación de los abuelos, familiares y personas concernidas, como terceros, la labor del equipo técnico asesor multidisciplinario que tributa a una mejor decisión del conflicto, el papel conciliador del tribunal, indispensable para los asuntos de familia, la pertinencia de la mediación familiar como método alternativo de solución de conflictos y otras medidas como la formación de una metodología y reglas articuladas para precisiones de cómo mejor hacer, colocan a la vanguardia del ordenamiento jurídico del país la experiencia de las Secciones o Salas de Justicia Familiar en Cuba.

Solo esperamos que toda esta experiencia se concrete en la promulgación de una Ley procesal de familia o de un Código de Procedimiento Familiar, que permita una jurisdicción más especializada e independiente. Todo ello, sustentado en un Código de Familia a la altura de las profundas transformaciones acontecidas en esta rama del Derecho a escala mundial.

Pero en verdad esperamos algo más siguiendo las excelentes valoraciones de un verdadero experto de Derecho procesal de Familia, el doctor Diego Benavides Santos, quien ha estudiado a profundidad la esencia, principios cardinales y futuro de ese especial proceso y lo vislumbra en tránsito hacia una tercera generación. Concuero con sus reflexiones: la necesidad de que arribemos a un sistema de Derecho procesal de Familia con los Tribunales verdaderamente especializados que garanticen los derechos humanos en las relaciones familiares, donde prime la humanización o socialización, la consolidación de una cultura jurídica y transdisciplinaria, donde se apliquen procedimientos

que respondan a los principios propios del Derecho de Familia, el que puede ser valorado como parte de un derecho procesal social.

El autor, entre muchas y valiosas observaciones y propuestas, nos define al sistema de Derecho procesal de Familia de tercera generación como aquel que suma tribunales especializados dentro de una cultura organizacional que enfatiza su importancia y propende hacia su crecimiento en detalles como la medición de variables de justicia de calidad en el área de resolución de conflictos familiares.<sup>33</sup>

Los apasionados familistas (como la que suscribe) desearían que esta sería contribución científica que tanto agradecemos al doctor Benavides, basada en estudios de años y confrontación con el derecho comparado a escala universal, en cuanto a la existencia de futuro de un sistema de Derecho Procesal de Familia de tercera generación, se haga una realidad, por el bien de todas las familias, máxime que en el recuento histórico que hemos esbozado queda demostrado, que esta Isla-Archipiélago de Cuba, ha tenido siempre una posición de vanguardia en la protección de los más progresistas derechos familiares.

<sup>33</sup> Diego BENAVIDES SANTOS: Ob. cit., p. 43. En realidad es necesaria la lectura íntegra del libro.

## **Antecedentes históricos del derecho al honor: especial referencia al caso cubano**

Alie PEREZ VELIZ\*

La dignidad humana y el honor de las personas, trascendencia para el Derecho

Cuando alguien se refiere al honor de una persona, generalmente, hace alusión al reconocimiento o estimación social del que esta goza. La sociedad impone determinadas normas o exigencias sociales a sus miembros, y a través de la valoración social e individual enjuicia permanentemente la conducta de los sujetos, premiándolos con la aceptación o sancionándolos con el rechazo.

El *Diccionario Filosófico* de M. ROSENAL y P. IUDIN, define el honor como «Categoría moral; que expresa el reconocimiento, por parte de la sociedad, de todo cuanto merece una alta estimación en la manera de actuar de un individuo, de una colectividad, de una institución...»<sup>1</sup> y luego, asumiendo a juicio de los autores una posición reduccionista, identifica al linaje como causa del honor en el feudalismo, a la posesión de riquezas como causa del honor en el capitalismo, y a los méritos ante el pueblo como causa de honor en el socialismo; si este planteamiento tiene algo de veraz, no es toda la verdad, pues las absolutizaciones son negativas para cualquier pretensión científica.

El honor también es definido como una cualidad moral vinculada al cumplimiento del deber, la virtud, el mérito y el heroísmo. Se manifiesta en el ámbito familiar, laboral y social a través de la fama, la gloria o simplemente mediante la buena opinión de la que se disfruta. Generalmente el honor es visto como un factor para obtener de la sociedad favores materiales o espirituales, como buenos empleos, riqueza personal o estatus social.

Para muchos autores la dignidad humana es vista como la suma de caracteres o cualidades que configuran ante nosotros

\*Doctor en Ciencias Pedagógicas. Licenciado en Derecho. Profesor de Teoría del Estado y el Derecho, Historia del Derecho y Filosofía del Derecho de la Universidad de Pinar del Río, Cuba.

<sup>1</sup> M. ROSENAL, P. IUDIN: *Diccionario Filosófico*, Editora Política, La Habana, 1981, p. 223.

la existencia de un determinado ser y no otro, como identidad de dicho ser entre los hombres; como un conjunto de rasgos que sumados unos a otros confirmarían la pertenencia de un ser dado a la especie humana. Por lo tanto, la dignidad humana se encuentra en el fundamento del derecho al honor.

De lo expresado se desprende que el derecho al honor sería como una derivación, como emanación de la dignidad humana, entendido por ello como derecho a ser respetado por las demás personas. Sin embargo, el derecho al honor tiene un carácter autónomo e independiente de otros similares como el derecho a la intimidad y a la propia imagen, aunque erradamente se les confiera el mismo tratamiento jurídico por los autores y las normas del Derecho positivo.

Autores especializados en las Ciencias Penales han logrado identificar la diferencia sustancial entre la intimidad y el honor por vía de la determinación del bien jurídico que se protege en cada caso. El bien jurídico intimidad lo definen como libertad potenciada en el ámbito de lo íntimo, constituida por las costumbres, hábitos y modos privados de asumir la convivencia humana, en lo personal y familiar, en su índole cultural y espiritual, es la libertad personal de asumir la vida fuera de las obligaciones sociales; mientras que el bien jurídico conformado por el derecho al honor lo definen como el patrimonio moral que le corresponde a cada persona.

Otros autores enfatizan en la relación cuasi conflictual que se puede establecer entre los derechos al honor y la dignidad, y el derecho a la libertad de expresión. Al respecto plantean Blas GUERRERO y GARCÍA COTARELO:

El derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen constituyen un claro límite a la libertad de expresión [...] Se estima en todo caso que esa protección no cubrirá los hechos de dominio público, aquellas circunstancias personales que el interesado, a través de su comportamiento, no considerada de naturaleza reservada o cuando los hechos objeto de información [...] afectan exclusivamente a actividades que tengan relación directa con las causas de proyección pública de la persona afectada.<sup>2</sup>

La dignidad humana y el honor son contenidos de las relaciones sociales que han estado presentes desde el origen de

<sup>2</sup> A. BLAS GUERRERO, R. GARCÍA COTARELO: *Teoría del Estado y Sistemas Políticos. Parte General. Teoría del Estado (I)*, s/f, p. 209.

la humanidad. Ambas categorías tienen una fuerte trascendencia tanto para la moral como para el Derecho; desde sus primeras manifestaciones se trataba de normas morales que llegaron a tener efecto jurídico. Esto se valida porque el honor se refiere a un modo de conducta, que de corresponderse con las exigencias sociales, se retribuye mediante la adquisición de determinados derechos, siendo el más común el derecho al buen nombre.

Reflexionando sobre la naturaleza jurídica del concepto honor se pueden apreciar tres posiciones teóricas: la que se concibe desde un punto de vista subjetivo, refiriéndose a la autoestima producto de la autovaloración que tiene una persona sobre sí misma; la objetiva, que refiere a la consideración que tiene la sociedad sobre una persona, a partir de valorar su conducta, o el cumplimiento de las normas establecidas a nivel social.

Los autores se refieren a una posición teórico doctrinal intermedia, la cual consideran más contemporánea y por ello aceptada:

[...] concibe el honor desde un punto de vista cultural, como el resultado del juicio de los miembros de la comunidad sobre el comportamiento de una persona con relación a sus deberes o como derecho coincidente con la dignidad propia de la condición humana, en virtud de la cual todos los seres humanos gozan de la facultad de ser respetados por los demás.<sup>3</sup>

El honor suele vincular a las personas con elementos que conforman la estructura de la sociedad, o por lo menos con ramas de la actividad humana y con los oficios y profesiones. En este sentido se reconoce la existencia del honor profesional, comercial, científico u otros.

Otra arista interesante es analizar que tratamiento han dado las diferentes ramas o materias del derecho al honor. Se percibe en este sentido una expresión trilateral o tridimensional del referido derecho: en la materia constitucional se concibe como derecho fundamental; en el Derecho Civil como derecho subjetivo de la personalidad, y en Derecho Penal como bien jurídico.

### **El derecho al honor en su perspectiva histórica**

Desde el establecimiento de los primeros códigos de la humanidad se formularon normas dirigidas a proteger el honor

<sup>3</sup> COLECTIVO DE AUTORES: *Derecho Penal Especial*. t. II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 171.

de las personas, considerando como tal a aquellos que no tenían la condición de esclavos, pues estos eran para el Derecho objetos parlantes, y no sujetos de plenos derechos.

En el Código de Shulgi o de Ur-Nammu (aproximadamente entre 2100-2050 a. C.), joya del Derecho mesopotámico antiguo, ya se regulaban sanciones pecuniarias para quienes atentaran contra el honor de una persona. En la Ley trece de dicho Código se establece: «Si un hombre acusa a (otro) hombre de brujería (y) al dios-Río lo ha llevado, (y si) el dios-Río lo declara inocente, el hombre que ha llevado (al otro al dios-Río) pesará tres GÍN de plata».<sup>4</sup>

Obsérvese que aunque la norma no está estructurada en un sentido técnico formal moderno, se puede apreciar en ella claramente una hipótesis, una disposición y una sanción. Se percibe en la redacción una mezcla de las materias penal y procesal, donde la hipótesis describe como elemento configurador la acusación de brujería por parte de un hombre contra otro.

En el supuesto se propone la prueba de la ordalía fluvial, considerada una variante del juicio de Dios; la práctica de este medio de prueba ayudaría a establecer mediante la intervención de la voluntad divina la veracidad o no de la acusación. De ser falsa la acusación se sentenciará al culpable al pago de una multa. La disposición en este caso va dirigida a prohibir la falsa acusación, y aunque este es el delito que se configura, el bien jurídico protegido es el honor y la reputación de quien ha sido falsamente acusado.

La Ley catorce del propio Código regula que «Si un hombre acusa a una mujer casada de que ha tenido relaciones (sexuales) con ella (y si) el Río la ha declarado inocente, el hombre que (injustamente) la ha acusado pe[sará] un tercio [de mina de plata]».<sup>5</sup>

El supuesto narrado en esta Ley es similar al anterior en cuanto a su estructura, pero debe señalarse que el honor que se protege aquí es el de la mujer casada, e indirectamente el de su esposo. La prueba de inocencia o culpabilidad que se práctica, es igualmente la de la ordalía fluvial, bastante extendida en ese momento.

La otra Ley del Código de Shulgi o de Ur-Nammu con enfoque a la defensa del honor es la quince, que compensa al futuro yerno en su dignidad, si el futuro suegro decidía casar a su hija con otro pretendiente. Dicha Ley obligaba al padre de la novia a devolver el doble de lo que había recibido en concepto de futuro

<sup>4</sup> F. LARA PEINADO, F. LARA GONZÁLEZ: *Los primeros Códigos de la humanidad*, Editorial TECNOS, Madrid, 2001, p. 65.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 65.

matrimonio por parte del novio. Debe recordarse que este Código antecedió en trescientos años al de Hammurabi.

Otros documentos sumerios, que se elaboraban con el fin de familiarizar a los futuros escribas con el lenguaje jurídico, y que eran una especie de libros de textos de Derecho, como es el caso de la serie Ana Ittishu, aparecían redactadas normas típicas que estipulaban cierta protección al honor de las doncellas. En este caso es válido señalar la serie siete y ocho del referido libro, que imitaba una norma que obligaba al hombre violador de una doncella a contraer con estas nupcias, en satisfacción del honor de sus padres y de la propia joven.

Lo expuesto evidencia como desde el origen de la sociedad y del Derecho ya se muestra una intención de proteger el honor de las personas, por lo menos de aquellas que eran consideradas como tal por su condición humana. Estas características se repiten en otras normas escritas y tradiciones de los Estados antiguos, tanto orientales como occidentales.

En la Ley romana de las XII Tablas, que data del 451 antes de nuestra, eran sancionados con severidad los delitos contra el honor. En la tabla VIII, de materia penal, que castigaba pocos delitos con la pena de muerte, los decenviros deciden aplicarla para quien «[...] cantase o compusiera una canción que produjera la infamia o la deshonra de otro».<sup>6</sup>

En las reglas 3 y 4 de la propia Tabla VIII se establecía la pena de multa de veinticinco ases contra el que injuriare a otro. Es interesante resaltar que en la regla 22 de la mencionada Tabla se castigaba con la deshonra a quien fuera testigo o sostuviera la balanza en el rito emancipatorio y no otorgara el testimonio; se incluía como sanción accesoria para este caso la incapacitación para ser testigo y para castigar.

Los tres ejemplos señalados muestran la alta consideración que alcanza en el Derecho Romano el honor, siendo protegido como bien jurídico contra los delitos de infamia e injuria. La estimación del honor y del derecho a ostentarlo era tal que la deshonra, muy asociada a este, se consideró en sí misma una forma de sanción.

Más cercano en el tiempo, el Derecho musulmán reguló la protección del honor de las personas mediante el castigo del delito de calumnia, el cual consistía en la falsa imputación de un delito de fornicación o adulterio. Obsérvese que en sus orígenes esta figura penal era similar a

<sup>6</sup> Ley de las XII Tablas, Editorial Tecnos, Madrid, S.A., p. 21 (Otros autores como Julio FERNÁNDEZ BULTÉ ubican dichas regulaciones en la Tabla VII, y en otras reglas).

la actual calumnia, pero la sencillez de procedimientos para estos casos fue complejizándose con la evolución del Derecho musulmán.

En la Edad Media el honor estuvo en el contenido de todos los códigos de caballería, creándose incluso las llamadas Órdenes de los Códigos de Caballería, después de las Cruzadas. En la Partida Segunda, Ley XII, Título XXI, de las Siete Partidas de Alfonso el Sabio se estableció como formas de acceder a la hidalguía, y por tanto al honor y la consideración social, el saber expresado en el conocimiento y la práctica de las Ciencias y Artes Liberales; y la bondad de las costumbres. Esta fue la forma en que se transfirió de las normas morales a las jurídicas el derecho al honor en el Medioevo español.

Con la subida al poder de la burguesía el honor se asoció a la consideración que ofrecía la propiedad y las riquezas, aunque no se limitaba a esto. La moral burguesa mantuvo incólume regulaciones tradicionales sobre el honor y la dignidad en el Derecho de familia, obligando a la mujer a una conducta debida ante la sociedad, la cual debía mostrar fidelidad y obediencia al esposo para conservar su honor.

Con el surgimiento de los Estados nacionales, y los modernos ordenamientos burgueses, la regulación del honor como derecho y deber se fue expandiendo a varias ramas o materias, entre las que se encuentran el moderno Derecho constitucional; y adquirió nuevos contenidos en las reformulaciones del Derecho Penal, Civil y de Familia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, con la firma de los tratados internacionales y la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, se fueron incorporando a estos instrumentos del Derecho Internacional Público la regulación del derecho al honor, a la dignidad humana y a la propia imagen. Un ejemplo de lo expresado se aprecia en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se expresa: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».<sup>7</sup>

En instrumentos regionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, se plasma un acuerdo similar, al estipular en su artículo 11 sobre «Protección de la honra y de la dignidad»:

<sup>7</sup> «Declaración Universal de los Derechos Humanos», en *Instrumentos Jurídicos Internacionales*, t. I, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1991, p. 162.



1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.<sup>8</sup>

Luego de la explorar la regulación del derecho al honor en la historia de la Humanidad se impone su análisis en Cuba. Para ello se emplearán los métodos del análisis histórico jurídico, el teórico doctrinal, y el Derecho comparado.

### **Antecedentes del derecho al honor en el ordenamiento jurídico cubano**

Los antecedentes más remotos del derecho al honor en el ordenamiento jurídico cubano se remontan a los méritos que debían exhibir los primeros colonizadores para recibir a cambio derechos de posesión sobre tierras, minas e indios. El mérito, y por conducto de este el honor personal, garantizaban la adquisición de riquezas, existiendo una fuerte interdependencia entre derecho al honor y derecho de propiedad, típico de una sociedad donde convivían la tradición feudal y los nuevos valores burgueses.

En la etapa colonial y durante las luchas por la independencia nacional, en varias normativas, como la Real cédula del repartidor de indios de 8 de mayo de 1513, las Ordenanzas de Alonso de Cáceres de 1573, el proyecto de Constitución para la Isla de Cuba de Joaquín Infante (1812), y la Constitución de Guáimaro de 1869, se hacía referencia a derechos o prohibiciones asociados al honor de las personas.

Fuera del ordenamiento jurídico mambí y del campo de Derecho Constitucional, el Código Penal español, extensivo a Cuba el 23 de mayo de 1879, introduce por primera vez en la rama del Derecho Penal cubano los delitos contra el honor. Se trata de delitos contra el honor de los funcionarios públicos, protegiéndose a través de ellos la reputación y dignidad, no tanto del funcionario como persona particular, como la dignidad o función pública que este representa. En este caso la especialidad del sujeto no está en quien cometió el delito, sino en el sujeto pasivo del mismo.

<sup>8</sup>Texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Material en soporte digital).

Aquí el bien jurídico que se protege es el desempeño adecuado de funciones públicas, en el ámbito de la administración y la jurisdicción. Ello se aprecia en la redacción del artículo 262, el que estipula que cometen desacato:

Los que, hallándose un Secretario del Despacho ó una Autoridad en el ejercicio de sus funciones, ó con ocasión de estas, los calumniaren, injuriaren ó insultaren de hecho ó de palabra en su presencia ó en escrito que les dirigieren, ó los amenazare.<sup>9</sup>

Es criterio del autor<sup>10</sup> del comentario, al referido Código Penal, que el desacato en este artículo es una forma específica de los delitos de calumnia, injuria o amenazas, constituidos para él en razón de la persona ofendida. Luego de la emisión por el Gobernador Militar de la Orden 213 de 1900, en que se despojaba la injuria de ser perseguida de oficio, para convertirse en cuasi pública, se sucedieron dos sentencias del Tribunal Supremo aparentemente contradictorias.

La primera de dichas sentencias data del 28 de marzo de 1904. En la misma el máximo órgano jurisdiccional declaró que con la Orden Militar 213 había dejado de existir el hecho punible de la injuria contra la autoridad, que era una de las conductas que constituía el delito de desacato. La otra sentencia, de 6 de marzo de 1919, por el contrario, no encuentra abolida la injuria contra funcionario público como delito, sino que la ve regulada en el artículo 48 de la Orden Militar 213.

Los artículos del 263 al 266, del referido Código, regulan unos supuestos que muestran un agravamiento de la pena por manifestación de figuras delictivas derivadas de la forma básica. Se aprecia que lo ocurrido fue que se sacó de la regulación del desacato la figura que califica como injuria, y esta se trasladó, luego de ser reformada la norma penal, al artículo 486, en las Disposiciones generales, quedando así:

Nadie será penado por calumnia ó injuria, sino á virtud de querrela de la parte ofendida, cuando la ofensa se dirija contra particulares, ó por denuncia de la misma si se dirige contra la Autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado [...] En el primer caso el perdón de la parte ofendida

<sup>9</sup>A. C. BETANCOURT: *Código Penal*, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Co., Habana, 1922, p. 176.

<sup>10</sup> Ángel C. BETANCOURT.

extinguirá la acción penal ó pena si ya se hubiere impuesto al culpable.<sup>11</sup>

Pero es en el Título X «De los delitos contra el honor» del referido Código Penal español, donde por primera vez, y en forma sistémica, se le da protección jurídica al honor y al patrimonio moral de las personas como bien jurídico. En dieciséis artículos se establecen los elementos constitutivos de los delitos de calumnia e injuria, así como las disposiciones y sanciones aplicables a cada caso.

La calumnia es definida en el artículo 471 como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio. El delito de calumnia tiende a deshonar y desacreditar al ofendido, al igual que la injuria, pero la imputación no se origina solo en la frase empleada, ni de la intención con que esta sea proferida o escrita, sino del hecho que concretamente se impute al ofendido, siempre que aquel sea falso y la imputación solo tenga por objeto el desacreditarlo o deshonorarlo, o tienda a ese fin.

Como afirma Ángel C. BETANCOURT:

[...] para que exista calumnia no es bastante que se emplee una denominación genérica y vaga del delito imputado, sino que es preciso que se concrete y especifique cual es el hecho constitutivo del delito que se atribuye al calumniado [...] y que este hecho constituya un delito perseguible de oficio [...] y no cualquier delito [...].<sup>12</sup>

Hay una particularidad en cuanto a la calumnia, cuando la imputación que se hace por el presunto calumniador consiste en acusación ante funcionario obligado por los deberes de su cargo a perseguir dicho delito. En este caso en realidad no se configura o tipifica un delito de calumnia, sino de falsa acusación, lo cual quedó refrendado por vía jurisprudencial en los fallos de 3 de junio de 1901 y de 13 de julio de 1903 del Tribunal Supremo de la República de Cuba.

El artículo 472 del Código *ut supra* mencionado regula los rangos penales aplicables en los supuestos de propagación por escrito y con publicidad, estableciendo en este caso prisión correccional en grado mínimo y medio y multas de 250 a 2 500 pesos cuando se

<sup>11</sup> A. C. BETANCOURT: Ob. cit., pp. 264 y 265.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 260.

imputare un delito grave; y de arresto mayor y multa de 125 a 1 250 pesos, si se imputare un delito menos grave.

El artículo 473 concibe una atenuación de la pena cuando no exista propagación por escrito y con publicidad de la calumnia. En este caso se estipula un rango que oscila entre arresto mayor en su grado máximo y multa de 125 a 1 250 pesos, en caso de imputación de un delito grave. Si el delito imputado es menos graves el rango penal oscila entre arresto mayor en su grado mínimo y multa de 65 a 650 pesos. La unidad de medida de los pagos previstos en estas sanciones es la actualizada luego de las reformas hechas al inicio de la República.

La gradación de las sanciones, teniendo en cuenta la propagación y publicidad de la calumnia, y la gravedad del delito imputado, demuestra la intención del legislador de adecuar la pena al grado de afectación en el honor del calumniado. Es una manera relativamente adecuada de protección del derecho al honor, en el sentido de que prevé una aplicación ponderada del principio de proporcionalidad entre el daño causado y la pena infligida.

El artículo 474 estipula una exención de pena para el acusado de calumnia en caso de que el hecho imputado se demostrare como cierto. La norma concibe una variante de satisfacción moral para quién sea víctima de calumnia, esta consiste en la publicación de la sentencia del tribunal actuante en caso de que el calumniado así lo pidiere. Es claro que corresponde en primer lugar al ofendido estimar la forma de reparación más adecuada a su honor, y por conducto de este a su patrimonio moral.

El Capítulo II, del Título X, del Código Penal que estuvo vigente en Cuba de 1879 a 1938, regula el delito de injurias; como otra figura protectora del derecho al honor en la rama del Derecho Penal. Los elementos constitutivos del delito se conforman por «[...] toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona».<sup>13</sup>

La propia norma enuncia taxativamente como injurias graves la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio; la de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado; las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendiendo el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 261.

El artículo 477 establece la gradación de la pena para las injurias graves hechas por escrito y con publicidad, las cuales serán castigadas con la pena de destierro en sus grados medio y máximo, y multas de 625 a 6 250 pesetas. El 478 establece una atenuación de la sanción para los casos de injurias leves, en cuyo supuesto la pena suministrada puede ser arresto mayor en su grado mínimo y multa de 325 a 3 250 pesetas.

Al igual que en el supuesto de calumnia se establece, para estos artículos, una aplicación ponderada del principio de proporcionalidad entre el daño causado y la pena infligida. Se percibe que la protección del bien jurídico patrimonio moral, y como parte especial de él, el derecho al honor, se configuran a partir de delitos específicos con características diferenciadoras, pero que a la vez comparten semejanzas, tanto en sus elementos constitutivos, como en la forma en que se grada la pena atendiendo el grado de afectación provocado.

La norma realiza una interesante distinción en su artículo 479, al no admitir en el caso de la injuria las pruebas que confirmen la veracidad de la imputación; pero con vista a la protección del ejercicio honorable de los cargos públicos, hace la excepción de admitir prueba de veracidad en caso de una imputación contra un empleado público, siempre que esta sea sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En este caso el acusado será absuelto si probare las imputaciones realizadas.

Esta norma refiere una especie de límite al ejercicio del derecho al honor, consistente en la protección al honor del cargo o ejercicio de funciones públicas. Se estaría, para algunos autores, en un supuesto de conflicto entre interés público e interés privado, en cuyo caso el legislador se pronunció a favor del interés público.

El Capítulo Tercero del Código plasma unas disposiciones generales que amplían los medios y formas de comisión, tanto del delito de calumnia como de la injuria. El artículo 480 incluye entre los medios de comisión de ambos delitos las alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. El penalista español Luis JIMÉNEZ DE ASÚA califica la comisión de los mismos por dichos medios como «calumnia e injuria encubiertas».<sup>14</sup>

El artículo 481 especifica cuándo se considerarán realizadas por escrito y con publicidad la calumnia y la injuria: cuándo se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles

<sup>14</sup> L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Derecho Penal*, Editorial Reus (S.A.), Madrid, 1924, p. 371.

o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas.

Es interesante significar que en el artículo 483 se establece una especie de antecedente de Ley de medios, que impone determinada regulación de carácter obligatorio para los directores o editores de los periódicos en que se hubiera propagado la calumnia o injurias. En este caso dichos directivos son personalmente responsables de insertar, dentro del término que establezca la Ley o decida el Tribunal actuante, la satisfacción o sentencia condenatoria, si lo reclamare el ofendido.

En el artículo 484 se establece la legitimación activa de ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del difunto agraviado, siempre que la calumnia o las injurias trascendieren a ellos. También se establece que los herederos están legitimados para ejercer la acción penal. La Ley también permite el ejercicio de la acción cuando la calumnia o las injurias se hayan hecho en una nación extranjera.

El último artículo del Título X determina algunos requisitos procedimentales especiales para que inicie y se extinga el proceso, incluyendo que en todo caso, cuando se trata de personas particulares, el mismo se haga mediante querrela, y que se extinguirá la acción penal o la pena si mediare perdón del ofendido para el culpable.

En el caso de que la parte ofendida sea una autoridad pública, corporación u otra persona jurídica, el proceso iniciará por medio de denuncia ante el funcionario competente; en este supuesto se considerará público el delito, por lo que solo procederá para extinguir la acción el indulto del Gobierno, o declaración, mediante auto, de extinción de la acción penal por la autoridad judicial.

Se aprecia un significativo paso de avance en el reconocimiento del derecho al honor, por la vía de su protección en sede penal. Hasta ese momento, en que dicho derecho no aparece de manera explícita recogido en ninguna norma constitucional, el Derecho Penal de indias tampoco lo había regulado, por lo que el Estado español en Cuba no había ejercido el *ius puniendi* contra quienes atacaban el bien jurídico «patrimonio moral» de las personas; quedando la solución de los conflictos de esta naturaleza en el plano privado, o bajo el arbitrio de autoridad administrativa, con los excesos que estas soluciones generalmente provocan.

No es hasta la Constitución de Leonardo Wood, de 20 de octubre de 1898, y puesta en vigor para regir en Santiago de Cuba y sus territorios aledaños, que se vuelve a hacer alusión al honor; en

esta ocasión para estipular en su artículo segundo que nadie, por su creencia religiosa, podría ser privado de ocupar cargos de honor. El término se emplea de una forma ambigua, y este autor considera que se hizo con la intención de denotar el sentido honorable de los cargos públicos, más allá de la condición personal de la honorabilidad.

La Constitución de 21 de febrero de 1901 solo se refiere en su artículo siete al honor, cuando relaciona las causas por las que se podía perder la ciudadanía cubana, siendo una de ellas recibir empleo u honores de otro gobierno. Aquí el término honor hace alusión al recibimiento de reconocimientos, títulos nobiliarios o condecoraciones; y la prohibición se limita a que dichos honores fueran autorizados por el Senado de Cuba.

Un salto cualitativo en la protección jurídico penal al honor de las personas lo constituyó el Código de Defensa Social, de 10 de febrero de 1936. En el Título XII «Delitos contra el honor», en tres capítulos, donde se regulan la calumnia y la injuria, se hace nuevos aportes en cuando a adecuar la protección del bien jurídico «patrimonio moral» a las nuevas condiciones de desarrollo del Derecho Penal y de los medios de comunicación. Esto demuestra que durante mucho tiempo la protección del derecho al honor se desarrolló más en la rama penal que en otros campos del Derecho.

El artículo 506, del Código de Defensa Social, define, similar al anterior Código Penal español, que la calumnia «[...] es la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio».<sup>15</sup>

Los acápites B, C y D del mencionado artículo hacen una gradación de la pena teniendo en cuenta el nivel de afectación provocado al patrimonio moral del ofendido, y particularmente a su honor. El primero de los acápites establece que si es probada la publicidad de la calumnia será sancionado el culpable con penas que oscilan entre seis meses y un día y dos años, adicionándose a ello multas de cien a trescientas cuotas.

Se establece en el acápite C que si no se puede probar la publicidad, y por ello la afectación del derecho al honor es menor, el rango de la pena se rebaja de tres meses a un año, y multas de noventa a doscientas cuotas. El acápite D concibe una exención de responsabilidad del acusado si este puede probar la veracidad de la imputación que ha realizado.

El Capítulo II del Título XII regula el delito de injuria, definiéndolo como toda expresión proferida o acción ejecutada en

<sup>15</sup> J. A. MARTÍNEZ: *Código de Defensa Social vigente en la República de Cuba*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1939, p. 390.

deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. Para constatar la existencia de un delito de injuria, y por ello el ataque al honor de otra persona por esta vía, no debe tenerse en cuenta solo el significado gramatical de las palabras o frases aisladas empleadas, sino también el sentido de las mismas dentro de la conversación o escrito que se suponga injurioso.

El acápite B del artículo 507 define como injurias graves la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio; la de un vicio o falta de moralidad que pueda perjudicar considerablemente la fama o crédito social o económico del agraviado; las expresiones o acciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancias sean tenidas en el concepto público por afrentosas; las demás expresiones o acciones que racionalmente merezcan la calificación de injurias graves, atendiendo al estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Se utiliza la definición de injurias leves, mediante el método de exclusión, para todas las otras expresiones proferidas o ejecutadas en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, y que no estén comprendidas en el listado de supuestos del acápite B del artículo 507.

Los artículos 508 y 509 establecen los marcos penales para las injurias graves y leves. Las injurias graves hechas con publicidad se sancionarán con privación de libertad de un mes y un día hasta seis meses, y con destierro de un mes y un día a seis meses; y con multas que oscilan entre treinta y una y ciento ochenta cuotas. El acápite B del propio artículo estipula una atenuación de la pena si las injurias graves se causaren sin publicidad.

En cuanto a las injurias leves, cuando se causaren con publicidad, el marco sancionador es puramente económico, con multas que van de treinta y uno a ciento ochenta cuotas. Las injurias leves causadas sin publicidad se sancionan en este Código con multas de cinco a sesenta cuotas.

El artículo 510 regula que al acusado de injurias no se le admitirá prueba alguna sobre la verdad o notoriedad de la misma, pero el mismo artículo establece como excepciones los casos en que la injuria se dirija contra un funcionario público, siempre que el hecho que se le atribuya se refiera al ejercicio de sus funciones; o si el injuriado demanda que el juicio se extienda a comprobar la verdad o falsedad del hecho que se le atribuya, entre otros supuestos. En estos supuestos excepcionales el acusado será absuelto si se comprueba la veracidad de las imputaciones.



Donde hace un aporte el Código de Defensa Social en relación al anterior Código Penal español (extensivo a Cuba), es en lo relativo a definir los medios de propagación de la calumnia o la injuria, definiendo entre estos:

[...] papeles impresos, litografías, grabados o por cualquier otro procedimiento mecánico de reproducción o difusión, por carteles o pasquines fijados en los lugares públicos, por papeles escritos dirigidos a varias personas, o si se comentan ante un concurso de personas por medio de discursos pronunciados o de gritos lanzados en reuniones públicas en circunstancias que faciliten su propagación, o por medio de la prensa o de la radio.<sup>16</sup>

Obsérvese en este caso que se incluyen en la regulación nuevos medios de propagación de la información, que no existían al momento de aprobar el anterior Código Penal, como es el caso de la radio; a la vez que el legislador utiliza fórmulas con suficiente nivel de generalidad y predicción como para que pueda preverse la aparición de nuevos aparatos tecnológicos de difusión.

El legislador del Código de Defensa social además incluye conductas que podían existir con anterioridad, pero que en las condiciones de la colonia no se manifestaban, por las limitaciones que existían a las actividades políticas y sociales de la población: es el caso de los discursos en actividades públicas.

Otra novedad de Código de Defensa Social es que reconoce la posibilidad de la vulneración al honor de entidades y personas jurídicas, algo que no estipulaba el anterior Código. En este caso se acoge la idea, prevaleciente en la doctrina más avanzada del momento, de que las personas jurídicas tienen todos los atributos de la personalidad jurídica, incluido el derecho al honor. Correlativamente se incluye la posibilidad de que las personas jurídicas cometan delitos de calumnia e injuria, contra las cuales el artículo 512 supone la aplicación de una sanción de clausura temporal de dichas entidades, cuyo tiempo puede oscilar entre diez y sesenta días.

El nuevo Código amplía le responsabilidad de los medios de comunicación con la reparación del daño moral causado, y el menoscabo del honor al que tienen derecho todas las personas, ya sean naturales o jurídicas. En este sentido, si la calumnia o injuria se hubiera proferido en un periódico, los propietarios,

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 392.

gerentes o editores del mismo vendrán obligados a insertar, dentro del término que señale el Tribunal, y en el propio lugar y caracteres en que apareció la ofensa, la rectificación que el tribunal ordenare.

Se está garantizando con esto que el lector habitual del medio, que había leído la frase o frases calumniadoras o injuriosas, y que pudo haber bajado en su estima el honor y el patrimonio moral del calumniado, tenga la posibilidad de rectificar el criterio que falsamente se ha formado, constituyendo una especie de reparación moral del agraviado, así como una especie de tacha para la credibilidad del calumniador o injurioso.

El acápite C del artículo 513 estipula una ampliación de la responsabilidad de los medios de comunicación a sus directores o jefes de redacción, al respecto el texto legal plantea:

En los delitos de injuria o calumnia cometidos por medio de la prensa o de la radio cuando no fueren conocidos los autores, o estuvieren estos amparados por la inmunidad parlamentaria, derecho de extraterritorialidad o cualquier otro fuero, que impida su persecución, será estimado responsable el director del periódico o el jefe de redacción en su defecto, y el propietario y los operadores de la estación radiotransmisora.<sup>17</sup>

La norma muestra la intención del legislador de superar el abuso del derecho a la libertad de palabra y a la inmunidad. En este caso particular se configura como un dique de contención contra la vulneración del honor personal y el daño al patrimonio moral, estableciendo una corresponsabilidad de los directivos de los medios en los supuestos señalados por Ley.

En el propio artículo se prevé, en caso de inmunidad del director del medio, la posibilidad de que el Tribunal actuante disponga la clausura del periódico o la estación, por un período no menor de treinta días ni mayor de un año. Al decretar tal medida el Tribunal tendrá en cuenta la periodicidad de la publicación, al efecto de computar como días de clausura los de la publicación únicamente.

Los artículos 514 y 515 establecen determinados requisitos que deben ser observados en los procesos por calumnias e injurias. Dentro de estos se estipula la obligación del sancionado, en cualquiera de ambos delitos, de prestar caución de no reproducir la calumnia o la injuria objeto de la sentencia dictada por el tribunal.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 393.

Se estipula, al igual que en el anterior Código, que solo procede iniciar proceso por cualquiera de los dos delitos si media una querrela de la parte ofendida; que si muere durante el proceso la parte ofendida, o es víctima de estos delitos un fallecido, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y herederos tienen legitimación activa para iniciar o continuar el proceso. A diferencia del Código Penal español, en el Código de Defensa Social, la legitimación de familiares y herederos no está limitada por la condición de que la calumnia o la injuria trascienda al legitimado para actuar.

Otra novedad que tiene la norma es que se legitima para iniciar la querrela a quien detenta la representación legal de la entidad ofendida, en el caso de las personas jurídicas perjudicadas en su honor. Esta regla complementa y sobre todo completa la cobertura y protección al patrimonio moral de las entidades, lo cual constituye un significativo paso de avance.

Otras particularidades procesales de los delitos contra el honor, al amparo de este Código, tienen que ver con que en causa criminal no se autorizará el procedimiento de calumnia o injuria hasta tanto el Tribunal no haya dictado sentencia firme, o auto de sobreseimiento libre, también firme, o de sobreseimiento provisional o de abstención.

Similar al anterior Código, se acoge un proceso de calumnia o injuria, aunque las frases proferidas o escritas se divulguen o publiquen en el exterior. Sin embargo, este tiene la particularidad de regular que para poder ser querellante tiene que tratarse de personas o entidades que residan en Cuba o que tenga aquí negocios. También se regula que la remisión de la sanción impuesta en los delitos de calumnia e injuria se configura en caso de perdón expreso del ofendido.

El Código de Defensa Social de 1936, bajo redacción y ponencia de José Agustín Martínez, consolidó en materia penal la defensa del derecho al honor, poniendo a Cuba entre las primeras naciones del momento. En esencia mantuvo la anterior regulación de los delitos contra el patrimonio moral de las personas, a través de la calumnia y la injuria, a la vez que introdujo importantes modificaciones, como considerar a las personas jurídicas como sujetos activos y pasivos de los referidos delitos. También amplió la descripción de los posibles medios de propagación y publicidad de la ofensa, a la vez que consolidó la protección contra la vulneración al honor de los medios masivos de comunicación.

En la esfera del Derecho Constitucional vuelven a aparecer regulados los aspectos relativos al honor en el artículo 20 de la Constitución de 1940, cuando se prohíbe de manera expresa toda discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase, y cualquiera otra lesiva a la dignidad humana. Como se ha mencionado el honor y la dignidad son conceptos íntimamente relacionados e interdependientes.

Después de esta constitución fue que comenzó a percibirse la necesidad de la regulación del derecho al honor con carácter sistémico, como una problemática del ordenamiento jurídico en general, y no como cuestión de una rama del Derecho en particular. Sin embargo, la década del cincuenta del siglo xx en Cuba trajo un significativo retroceso en el reconocimiento y materialización del derecho al honor.

El golpe de Estado de 10 de marzo de 1952 y la sustitución de la Constitución de 1940 por los Estatutos Constitucionales, no fueron el marco propicio para avanzar en materia de derechos humanos, mucho menos en el campo particular del derecho al honor.

El triunfo guerrillero del primero de enero de 1959 trajo muchas aspiraciones y realizaciones en materia de garantías. Transformaciones en las relaciones de propiedad, la educación, la cultura, el acceso de la población a los lugares públicos, y la lucha contra la pobreza, consolidaron el honor nacional y personal de los cubanos.

Pero la situación de provisionalidad institucional y jurídica, que se extendió desde el principio hasta la década del setenta, donde sobrevivieron normas anteriores con otras de carácter emergente, no creó en el ámbito jurídico formal ni teórico doctrinal un espacio de desarrollo y actualización del derecho al honor como derecho fundamental. En materia constitucional se mantuvo en esencia lo regulado en la Constitución de 1940, ahora como Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959; mientras que en el Derecho Penal continuaron aplicándose las regulaciones del Código de Defensa Social, particularmente en lo relativo a los delitos contra el honor.

No debe olvidarse, sin embargo, que el empeño por construir una sociedad sustentada en valores morales diferentes, donde la fuerza de la influencia política tuvo un gran peso, los conceptos sobre la moral, el honor y la dignidad sufrieron modificaciones. Cambió el contenido de estos conceptos y la percepción social sobre como asumirlos, muchos de estos cambios fueron, a juicio de este autor, positivos, mientras otros no tanto.

### **A modo de conclusiones**

El derecho al honor es una institución de carácter histórico y de significado variable, que ha estado asociada al derecho que todo ser humano tiene a su fama, dignidad, reconocimiento y respeto personal y social. En el campo del Derecho Constitucional se ha enfocado como derecho fundamental, en el Civil como derecho subjetivo inherente a la personalidad, y en el Penal como bien jurídico protegido bajo la rúbrica del patrimonio moral de las personas. En el último caso se ha enfocado como honor objetivo (estima y consideración que la sociedad tiene de uno) y como honor subjetivo (estima y consideración que uno tiene de sí mismo).

En la tradición jurídica cubana el derecho al honor solo ha tenido fuerte presencia en la rama del derecho penal, sobre todo desde el Código Penal español, extensivo a Cuba en 1879, perfeccionándose en el Código de Defensa Social de 1936, y ampliándose en los Códigos Penales de 1979 y 1987.

**Favor debitoris: De la protección al deudor,  
a la protección de la parte débil  
en una relación jurídica cualquiera**

Yunier Jorge FEITO ALBA\*

Roma supone la antesala de las instituciones civiles actuales y es reflejo de la ineludible evolución del Derecho, más aún si se refiere a un principio objeto de debate en disímiles congresos internacionales de Derecho Romano, como es el *favor debitoris*.

Por eso, lo que en un inicio fueron vestigios de un posible amparo al deudor, manifestado desde hace miles de años, en legislación tan antigua como la Ley de las XII Tablas; el reclamo posterior de las clases menos protegidas, los territorios conquistados y el surgimiento luego de provincias romanas, que aumentaron el tráfico mercantil, el intenso intercambio comercial entre las diversas regiones, y el surgimiento de dos nuevas ramas del Derecho: el *Ius Gentium* y el *Ius Honorarium*, hacen que se configure firmemente el principio *favor debitoris*.

Así Ernesto DIHIGO apuntó que esta ley —refiriéndose a la Ley de las XII Tablas— «[...] incompleta, ruda y primitiva, no exenta de algún rasgo de barbarie» se convierte en punto de partida «[...] para trazar la evolución de las instituciones, que en gran parte de él se derivaron,<sup>1</sup> pues sus preceptos, escasos y lacónicos, fecundados por la ciencia de los jurisconsultos bajo la presión de las nuevas necesidades, fueron la fuente abundante de un progreso jurídico continuo».<sup>2</sup>

De esta forma, aunque la ley mantuvo el rigor que sobre la ejecución personal del deudor caracterizaron toda la etapa arcaica y preclásica del Derecho Romano, pasajes del *Digesto* fundamentan la consolidación del principio del *favor debitoris* en la época justiniana del Derecho Romano, al decir ULPIANO: «en las cosas oscuras, nos

\* Licenciado en Derecho. Profesor de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> Se refiere al Código o Ley de las XII Tablas.

<sup>2</sup> E. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO: *Derecho Romano*, t. I, Primera Parte, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1987. pp.55-56.

atenemos siempre a lo que es menos»,<sup>3</sup> o los comentarios de MARCELO y GAYO que sentenciaron respectivamente: «en los casos dudosos no solamente es más justo, sino más seguro, atenerse a la interpretación más benigna»<sup>4</sup> y «en los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno».<sup>5</sup>

Este principio, en el Derecho Romano, era aplicable a las cláusulas contractuales en ocasión de ausencia, dudas o ambigüedad en las mismas, favoreciendo estas interpretaciones entonces al deudor, haciendo menos gravosa su obligación. Y el cimiento de dicho proceder entre los juristas romanos lo hallamos en los radicales resultados que conllevaba incumplir la obligación que la posición de deudor aparejaba, pudiendo en la mayoría de las veces perder su propia libertad.

Conociendo la máxima que reza: Grecia nos legó la cultura como Roma el Derecho; estos últimos no fueron dados a elaborar definiciones y teorizar sobre las instituciones jurídicas que iban creando. Como consecuencia de ello, el desarrollo del principio *favor debitoris* desde su surgimiento y hasta la actualidad, no ha traspasado los límites casuísticos, faltándonos todavía hoy una teoría general sobre el mismo, que fije los límites para su aplicación, pero que no comprometa la vigencia del principio favorable al deudor en materia de obligaciones.

Por otra parte, el principio de favor debitoris está estrechamente relacionado con la interpretación e integración contractual.

Justamente, con el objeto de concretar y determinar el alcance de una palabra o frase contenida dentro de un contrato, se desarrolla el tema sobre la interpretación contractual para tratar de salvar los problemas que pueden plantearse en relación a la diversidad de conceptos jurídicos que podrían derivar del mismo en un contexto determinado. Para esto los juristas se han apoyado en una serie de técnicas y mecanismos que hacen más fácil esta labor hermenéutica.

Desde la óptica jurídico-doctrinal existen diferentes clases de interpretación; atendiendo a quiénes son considerados como destinatarios de las mismas y la naturaleza de las normas que las contienen, como también existen reglas o principios que contribuyen a desentrañar esta real voluntad de los contratantes.

Entonces, si se parte de que la materia contractual está regida por el principio de la autonomía de la voluntad, en un primer momento no

<sup>3</sup> D. 50. 17. 9 ULPIANO.

<sup>4</sup> D. 50, 17, 192, 1 MARCELO.

<sup>5</sup> D. 50, 17, 56 GAYO.

existiría problema alguno ya que las partes pueden establecer reglas claras y sencillas para adecuar sus actos como manifestación de una voluntad real, existente al contratar, de acuerdo a sus intereses. Sin embargo, la situación no siempre sucede de forma tan transparente ya que constantemente se manifiestan situaciones no previstas por las partes, causantes de inconvenientes que deben ser solucionados para poder hallar el contexto real y auténtico del contrato, más aún si se produce un litigio ante los tribunales, debiendo el juez, ante la obligación de que no puede dejar de fallar sobre los casos que se sometan a su decisión, brindar una solución al caso, a través del sistema de fuentes establecido por la ley o los principios del Derecho que faciliten esta labor, como lo es el *favor debitoris*.

Hasta aquí no cabe dudas del uso del principio desde la antigüedad hasta hoy, ya fuera visto como criterio interpretativo o principio que resuelve las lagunas que padece un contrato, el *favor debitoris* siempre ha sido un medio para equilibrar una relación jurídica obligatoria que de por sí se encuentra en desbalance; permitiendo que se produzca un resultado acorde a la justicia.

Asimismo, los distintos ordenamientos jurídicos positivos que regulan el favor debitoris lo aplican con menores o mayores garantías jurídicas en tanto cuentan o no con plasmación expresa en una norma legal.

### **La obligatio como limitación en la esfera jurídica del deudor**

Para ahondar en el principio del favor debitoris hay que partir de la existencia de una relación jurídica obligatoria, donde los sujetos que la conforman se encuentran generalmente en una situación de poder y deber, una más ventajosa que otra, acreedor y deudor respectivamente, por lo que sin dudar podemos decir que existe un desequilibrio en dicha relación. El deudor encuentra limitada su esfera jurídica en virtud de una prestación que debe cumplir a favor del acreedor, que podía cobrarse utilizando distintos medios.

Estos instrumentos de los que se valía el acreedor en el Derecho Romano no se comportaron de manera uniforme, pues en un principio el romano no conoce la obligatio, como la vemos en la época clásica y con Justiniano, solo se sabe de romanos obligados o constreñidos a otros. Por lo que toda reflexión acerca del tema no es más que una hipótesis basada en situaciones fácticas dadas en aquel entonces pero nunca fundada en escrituras antiguas, por cuanto el desarrollo económico, político y social de Roma en épocas



posteriores fue lo que hizo posible que se escribiera el Derecho como fueron la Ley de las XII Tablas y el *Corpus Iuris Civilis*.

Esto se explica ya que en la época arcaica y preclásica en palabras del profesor FERNÁNDEZ DE BUJÁN:

[...] La obligación, [...] aparece vinculada [...], a la idea de responsabilidad personal contraída por el deudor frente al acreedor que podía desembocar, en caso de incumplimiento de la correspondiente condena judicial, en la caída en esclavitud o incluso en la muerte de aquel, sanción que se mantiene vigente hasta el establecimiento de la responsabilidad patrimonial por deudas [...] con la consiguiente abolición de la responsabilidad personal [...].<sup>6</sup>

Empero, no son pocos los autores consultados que apoyan la tesis acerca de que el origen de la obligatio está en el delito.<sup>7</sup> Específicamente en la forma referida a la defensa privada, ya que el individuo lesionado o agraviado podía volverse contra el ofensor con el objetivo de restablecer su derecho, pero también como medio de castigo. Precisamente en esta idea se puede inferir que el individuo, en su afán de defenderse y lograr su cometido, lo hace como si fuera un deber moral.

Más tarde, con la humanización de la pena, surgen limitaciones a la defensa particular como es la Lex Talionis y la Compositio. La primera respondía al principio de justicia retributiva, por lo que se imponía un castigo que se identificaba con el delito cometido. No obstante, El término «talión» que deriva de la palabra latina «talis» o «tale» significa idéntica, de modo que no se refiere a una pena equivalente sino a una pena idéntica. Sin dudas, la frase que ha identificado esta ley es «ojo por ojo, diente por diente».<sup>8</sup>

Por su parte, la segunda constituye el salto cualitativo de la defensa en propia mano, ya que posibilitaba el pago de una

<sup>6</sup> A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: *Derecho Privado Romano*, Cuarta Edición, Editorial Iustel, Madrid, 2011. p. 530.

<sup>7</sup> E. FERNÁNDEZ CAMUS: *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones*. t. V, Universidad de La Habana, 1941. p.13; J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Editorial Instituto Editorial Reus, t. II, Sexta Edición Revisada, Madrid, 1943. p.451; Paul JORS: *Derecho Privado Romano*, Editorial Labor S.A., Madrid, 1937, p. 243; J. CARAMÉS FERRO: *Curso de Derecho Privado Romano*, Librería y Casa Editora de Emilio Perrot, t. I, Quinta Edición, Buenos Aires, 1949. p. 37; E. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO: *Derecho Romano*, t. II, Primera y Segunda Parte, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1987, p.11.

<sup>8</sup> E. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO: *Derecho Romano*, t. II, Primera Parte, Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1987, p.10.

retribución económica por parte del comisario del delito a la víctima, evitando así el uso de la fuerza. Sin embargo, hasta ahora no se explica la relación de este particular con la obligatio. Y es que no siempre el agresor pudo pagar la indemnización en el acto. En estos casos se cree que por medio de una promesa solemne se protegía a la víctima, pudiendo usarse también el nexum y hasta dejando en prenda su propia persona.

No obstante, con el paso del tiempo y el perfeccionamiento de las instituciones romanas es con la Ley Poetelia Papiria que se patrimonializó el vínculo obligacional que hasta ese momento era personal, atribuyendo como límite para la satisfacción del crédito los bienes del deudor. La obligación había mutado su sentido.

El origen romano de la obligatio como el resto de las instituciones normativas romanas fue rígido y rudimentario, carente de toda idea de equilibrio o equidad, restringido solamente al Derecho Civil quirritario y revestido de solemnidades.

No obstante, la palabra obligatio, según opinión de ORTOLAN,<sup>9</sup> no es un término del antiguo Derecho de los quirites ya que no se hallaba en ningún fragmento de las XII Tablas ni en ningún vestigio del lenguaje jurídico de aquellos tiempos, considerando que pertenecía a una época posterior. La expresión antiguamente utilizada para ello era *nexum* o *nexus* (denectere, anudar).<sup>10</sup>

Luego es que aparece la palabra obligación en la que la mayoría de los autores<sup>11</sup> coinciden que etimológicamente proviene de *obligare* – de ob y ligare, que significa ligar –, dando siempre la idea de lazo o vínculo, referido esencialmente a la sujeción del deudor a los poderes del acreedor.

<sup>9</sup> M. ORTOLAN: *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, t. II, Librería de D. Leocadio López Editor, Madrid, 1873. p. 439

<sup>10</sup> E. FERNÁNDEZ CAMUS: *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones*. t. V, Universidad de La Habana, 1941, p. 7.

<sup>11</sup> M. ORTOLAN: *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Historia de la Legislación Romana*, Librería de D. Leocadio López (editor), Madrid, 1873. p.92; T. DELGADO VERGARA: «El favor debitoris y la protección al contratante débil. Raíz romanística y referencia a la legislación positiva cubana», en: A. MATILLA CORREA (Coord.): *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba*, Coedición Universidad de La Habana y Leonard Muntaner, 2009. p.43; E. FERNÁNDEZ CAMUS: *Curso de Derecho Romano. Derecho de Obligaciones*, t. V, Universidad de La Habana, 1941. p.8; J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Instituto Editorial Reus, t. II, Sexta Edición Revisada, Madrid, 1943. p. 445; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: *Derecho Privado Romano*, Cuarta Edición Editorial Iustel, Madrid, 2011. p. 529, entre otros.

### ***Favor debitoris.* Favor y Principio**

Si se señala que el *favor debitoris* era un principio utilizado por los romanos para resolver casos donde el deudor se encontraba en desventaja y así otorgarle equilibrio a la relación jurídica en cuestión, entonces debemos comenzar por saber qué entendieron los romanos por principio, o como se reconoce en la fuentes: praecepto.

Sin embargo, como se apuntó anteriormente, ello supone un problema, por el hecho de que los romanos no elaboraron conceptos jurídicos, lo que no significa que no conocían la esencia de las instituciones que establecían. Basamento que se encuentra en el título XVII del Libro L del *Digesto* dedicado únicamente a las *Diversis Regulis Iuris Antiqui*,<sup>12</sup> de lo que Paulo considera que:

Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hizo con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia.<sup>13</sup>

Estas reglas del Derecho Romano eran utilizadas para resolver casos que se les presentaban a los juristas cuando no estuviera prescrita una solución por las leyes como medio de aclaración de estas últimas, según interpretación de los siguientes pasajes del *Digesto*: «[...] lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la rectitud de los juzgadores [...]»<sup>14</sup> y:

Como no está completo el número de las acciones, por esto se requieren muchas veces las acciones por el hecho. Pero también a aquellas acciones, que están manifiestas en las leyes, si la ley fuera justa y necesaria, las suple el Pretor en lo que le falta a la ley; lo que hace en la ley Aquilia dando acciones por el hecho, acomodadas a la ley Aquilia; y esto lo exige la utilidad de aquella ley.<sup>15</sup>

De igual forma, Justiniano acertó al no identificar al Derecho con las leyes solamente, sino que incluía la costumbre y las reglas del Derecho Antiguo, quedando fundado al decir:

En aquellos casos que no usamos de leyes escritas, conviene se guarde lo que por el uso y la costumbre se ha introducido; y

<sup>12</sup> D.50.17 De las Diversas Reglas del Derecho Antiguo.

<sup>13</sup> D.50.17.1 Paulo

<sup>14</sup> D.22.5.13

<sup>15</sup> D.19.5.11

si esto faltare en algún caso, entonces lo que le sea análogo y consiguiente; y si en realidad tampoco apareciere esto, entonces debe observarse el derecho que se usa en Roma.<sup>16</sup>

Aunque en este pasaje no se expresa claramente el uso de las reglas cuando las leyes y las costumbres no previeran la solución al caso concreto, no cabe dudas que el solo hecho de incluir un título contentivo de ellas, que además, sistematizaban y aclaraban lo contenido en pasajes de los restantes libros que conforman el *Digesto*, evidencian la importancia de las mismas.

Los estudios posteriores acerca de las fuentes romanas, hicieron que surgieran de estas reglas denominadas así por los jurisconsultos, principios del Derecho que perduran en la actualidad como lo es el principio objeto del trabajo, presente en D.50.17.9,<sup>17</sup> D.50.17.34<sup>18</sup> y D.50.17.56.<sup>19</sup>

Ahora bien, el término *favor debitoris* proviene del latín y corresponde a una construcción posterior, al no hallarse en las fuentes referencia suya. En opinión de MOTA,<sup>20</sup> el vocablo favor significaba lo que se desviaba del rigor del Derecho Romano, del iuris rigor, que no era más que lo dispuesto en las normas. Este favor viene a atenuar lo que una vez fue regulado, pero que ya no respondía a las exigencias sociales. Añade también:

O favor, em síntese, pode ser definido como o complexo de prerrogativas, quando não um verdadeiro e próprio privilégio, que atribui uma posição de vantagem a uma determinada pessoa, seja porque se leva em consideração a sua qualidade pessoal, seja porque a proteção do interesse individual é, muito freqüentemente, o único meio de satisfazer o interesse de ordem coletiva.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> D.1.3.32

<sup>17</sup> D.50.17.9 Ulpiano: «En las cosas obscuras nos atenemos siempre a lo que es menos».

<sup>18</sup> D.50.17.34 Ulpiano: «En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató; o, si no apareciera lo que se trató, será consiguiente que nos atengamos a lo que es frecuente en la región en que se trató. Luego ¿qué se dirá, si no apareciera costumbre de la región, porque hubo diversidad? La suma ha de ser reducida al que sea su menor importe».

<sup>19</sup> D.50.17.56 Gayo: «En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno».

<sup>20</sup> M. MOTA: A proteção do devedor decorrente do favor debitoris como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro, en: [www.dirittoestoria.it/5/contributi/Mota-Favor-Debitoris-Principio-Geral-ordenamento-brasileiro](http://www.dirittoestoria.it/5/contributi/Mota-Favor-Debitoris-Principio-Geral-ordenamento-brasileiro). Fecha de consulta 15 de diciembre de 2012. p.12.

<sup>21</sup> Ob. cit. p.6.

Estas atenuaciones fueron manifestándose en varias áreas del Derecho, surgiendo así distintos favores como por ejemplo el favor libertatis, el que implicaba un criterio hermenéutico que protegía el derecho a la libertad cuando no era clara la norma, evidenciado esto en el *Digesto* en un pasaje del jurista Pomponio que expresaba: «Siempre que es dudosa la interpretación relativa a la libertad se habrá de responder a favor de la libertad»<sup>22</sup> y en otro al exponer que:

Si alguien le hubiere dado la libertad directa a un esclavo pignorado, aunque en estricto derecho parece que se la dejó inútilmente, sin embargo, el esclavo puede pedir como si se le hubiera dejado la libertad también por fideicomiso; porque el favor de la libertad aconseja que interpretemos, que las palabras, del testamento son pertinentes también para la petición de la libertad, como si por fideicomiso se hubiere mandado que el esclavo sea libre; porque no es cosa ignorada que en favor de la libertad se establecieron muchas disposiciones contra el rigor del derecho.<sup>23</sup>

También fueron otros los favores que emergieron y se mantienen en la actualidad como son el *favor matrimonii*<sup>24</sup> y el *favor testamenti*.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> D.50.17.20 Pomponio.

<sup>23</sup> D.40.5.24.10

<sup>24</sup> J. ESCRIVÁ IVARS: «Matrimonio y mediación familiar: principios y elementos esenciales del matrimonio para la mediación familiar», *Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia*, volumen 30, Ediciones Rialp, 2001:

«[...] Como principio general, el favor matrimonii significa, la actitud o predisposición del legislador a conceder un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia, propiedades y mantenimiento de sus fines. Y se traduce en un conjunto de disposiciones concretas inspiradas en aquella actitud. En este sentido, Miguélez define certeramente el favor matrimonii como la tendencia o propensión general del Derecho a proteger de un modo especial y preferente la institución familiar con el fin de asegurar su vida normal. No protege directamente este principio los derechos subjetivos de los cónyuges, sino la propia institución familiar. Este favor se refiere, pues, solamente, al in facto esse, o sea al matrimonio ya celebrado, que tenga apariencia de verdadero matrimonio, aunque en realidad no lo sea a causa de algún vicio de nulidad existente en el momento de la celebración. [...]» p. 50, en:

<http://books.google.com/cu/> Fecha de consulta 12 de abril 2013 10:50 a.m.

<sup>25</sup> Respecto al tema, la jurisprudencia cubana se ha pronunciado al decir: «[...] se limita quien recurre a cuestionar la redacción de la cláusula contentiva del legado, contraviniendo el fundamento fáctico de la interpelada sentencia que deja sentado que no existen dudas sobre la voluntad del testador, actitud del recurrente [...] con la que a su vez hace abstracción de las adecuadas reglas de interpretación del acto testamentario dirigidas a determinar la verdadera y real

Igualmente surge el *favor debitoris* cuya tendencia fue dirigida a la protección y apoyo del deudor con el fin de protegerlo de abusos que le causaban dificultades para liberarse de su deuda. Además, las normas reguladoras de dicho principio hacían lo menos onerosa posibles las limitaciones de su libertad para con el acreedor, por lo que el *favor debitoris* fue y es, en materia de obligaciones, una manifestación del *favor libertatis*.

El *favor debitoris* en el Derecho Romano se podía ver desde diferentes aristas según existiera un deudor en desventaja al que era necesario proteger. Por ello encontramos en las fuentes desde fragmentos que de forma general tratan supuestos donde era necesaria dicha cobertura, hasta otros que ya tratan temas más específicos en las cuales esta regla se aplicaba por ejemplo en la esfera contractual, cuando las partes contratantes son deudoras y acreedoras, una respecto de la otra.

### Origen y evolución

El Derecho Romano arcaico no fue en lo absoluto favorable al deudor cumplidor, quien podía verse privado de su libertad y ser vendido como esclavo, a consecuencia de la rígida protección del derecho de crédito.

Esta severidad se mantuvo de forma absoluta hasta el período preclásico, donde fueron surgiendo gradualmente paliativos que pudieran ser considerados las bases romanistas del principio *favor debitoris* como por ejemplo este fragmento de Las XII Tablas que estableció: «Si alguno presta a rédito mayor que el uno por ciento

voluntad del otorgante garantizando que alcance los efectos deseados y admisibles en derecho, indagación dirigida a encontrar el auténtico sentido y alcance de la voluntad testamentaria, siendo aplicable en todo caso, en beneficio del favor testamenti, el principio de conservación del negocio jurídico, por medio del cual es posible, ante interpretaciones diferentes, conferir preferencia a la que procura la validez de la cláusula controvertida y no a la que se dirige a su ineficacia». Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia no. 151 de 29 de mayo del 2009. Cuarto Considerando. Ponente ARREDONDO SUÁREZ.

«[...] en todo caso debe estarse al cumplimiento irrestricto del principio del favor testamenti, el cual postula tomar siempre en consideración lo dispuesto en dicho acto jurídico en casos en los que no esté clara su aplicación, o sea, interpretar a toda costa de forma racional y certera la voluntad del causante [...]».

Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia no. 63 de 20 de septiembre del 2010 (Proceso Ordinario). Segundo Considerando. Ponente BLANCO PÉREZ. En *Código Civil cubano* anotado y concordado por Leonardo Pérez Gallardo, Ediciones ONBC, 2007 Colección De IURIS. pp. 67-68.

anual, pague el cuádruplo».<sup>26</sup> Lo que significaba que cuando el interés establecido por el acreedor en caso de un préstamo era superior al uno por ciento establecido por el Estado, se revertía la situación haciendo surgir en él una deuda ascendente al cuádruplo de la preexistente.

El paso más importante en este periodo fue la promulgación de la Ley Poetelia Papiria del año 326 a.C, promulgada por Gaius Poetelius ya que por vez primera la sujeción del deudor se entendía en la amplitud de su patrimonio, mas no en su persona, al eliminar la ejecución personal de la obligación disponiendo que la responsabilidad se estableciera sobre los bienes del deudor y no sobre su cuerpo.

No obstante este avance, más allá de proteger al deudor como persona –según parte de la doctrina– parece haber sido hecha en beneficio del acreedor, que ya no tenía que cargar con el mantenimiento de un esclavo, sino que obtenía de forma pecuniaria el equivalente al monto de lo que representaba su crédito. En este sentido se expresa BIONDI.<sup>27</sup> Sin embargo, la precitada ley es sin dudas un avance en el Derecho Romano y su legislación en relación a la patrimonialización de la deuda. Asimismo, pudo ser esta consecuencia la que hizo que más tarde aumentaran los beneficios al deudor y se reconociera el *favor debitoris* como regla del Derecho Romano.

En general, la situación no cambia en el Derecho Romano clásico que exige el cumplimiento inflexible de la obligatio, para la cual la ley otorgaba medios que hicieran efectivo su cumplimiento, por lo que podemos decir que la verdadera protección al deudor comienza en el periodo posclásico pero su mayor expresión y efectiva regulación jurídica la encontramos en tiempos del emperador Justiniano.

Siguiendo esta idea, en el periodo posclásico, específicamente luego del surgimiento del cristianismo, el *favor debitoris* se relaciona con los conceptos de *aequitas*, *humanitas*, *fides* y *pietas* como limitaciones a la libre voluntad<sup>28</sup> de las personas, y fundamento de este principio que permite una aplicación más benigna del Derecho,

<sup>26</sup> Tabla III, en: Colectivo de Autores: Manual de Derecho Romano, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. p. 238.

<sup>27</sup> B. BIONDI: *Il Diritto romano cristiano*, t. III, Milán, 1954. p. 213.

<sup>28</sup> N. D. RINALDI: «En busca de una definición (...del concepto y contenido de los “Principios Generales del Derecho”)», Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, celebrado en los días 16, 17 y 18 de agosto de 2006. p.4.

que posibilita la flexibilización de la situación de los deudores en los casos dudosos, ambiguos o de falta de previsión, ya sea en un contrato o una norma.

Basado en estos caracteres del Derecho Romano y haciendo un poco de historia, es en este periodo en que se perdonaron determinadas obligaciones que pesaban sobre los pobres, teniendo en cuenta además que fue una época cuya precaria situación económica y empobrecimiento de manera general en las provincias del occidente del Imperio, justificaron la protección del deudor en situaciones dadas, fundadas en la misericordia cristiana.

Pero la máxima expresión y reconocimiento del *favor debitoris* se encuentra en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano – como la mayoría de los principios e instituciones del Derecho Romano – aunque sus raíces son previas. Así trascienden las palabras del profesor FERNÁNDEZ CAMUS al apuntar:

[...] el Derecho Romano más importante es el contenido en las compilaciones del Emperador Justiniano, por ser el más perfecto, el más acabado, porque fue la forma definitiva que adoptó [...] Pero, a pesar de esto, no podemos estudiar aisladamente la legislación de tiempos de Justiniano, [...] sin considerarla en épocas anteriores.<sup>29</sup>

### **Evidencias del principio en el *Corpus Iuris Civilis***

En esta fuente del Derecho Romano se muestran los siguientes argumentos generales que introducen la utilización del *favor debitoris*: D.50.17.56 GAYO: «En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno», y D.50.17.192. §1 Marcelo: «En los casos dudosos no solamente es más justo, sino más seguro, atenerse a la interpretación más benigna». Haciendo referencia ambos a la aplicación de la ley más beneficiosa en casos en los que no se supiera cuál era la que correspondía utilizar, sin hacer referencia al caso en particular.

Además había soluciones que remitían a los principios del derecho para resolver cualquier inconveniente, entre estos tenemos la opinión de PAULO en D.50.17.90: «Ciertamente que en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de atender a la equidad» y la de JAVOLENO en D.50.17.200: «Siempre que no se puede investigar cosa alguna sin quebranto, se ha de elegir lo que

<sup>29</sup> E. FERNÁNDEZ CAMUS: *Estudios de Derecho Privado Romano*, t. I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca. 1925. p. 3.



tenga menos injusticia». Estas soluciones son de gran relevancia, si se tiene en cuenta que el principio del *favor debitoris* lo que trata es de equilibrar una relación entre personas en el ámbito del Derecho, que inclinan la balanza de la justicia en perjuicio de una.

D.50.17.9 ULPiano: «En las cosas oscuras nos atenemos siempre a lo que es menos». Este pasaje demuestra que al no poder determinar el alcance o sentido de una palabra o frase había que acoger la posición que menos afectara al perjudicado.

Dentro de los fragmentos referidos a la esfera de los contratos se hallan los pasajes: D.50.17.34 ULPiano: «Atenerse a lo pactado, a la costumbre de la región, suma reducida o menor importe». Había que atenerse en primer lugar a lo pactado por las partes contratantes, estipulaciones estas que de no ser claras ameritaban que se acudiera a la costumbre de la región donde se contrató, y si esto tampoco funcionaba es entonces que comienza a jugar el *favor debitoris* como principio informador de esta materia, mediante el cual la suma sería reducida al menor importe en claro beneficio al deudor y por tanto, este principio tiende a protegerlo pues en cuestión de interpretación de cláusulas o pactos, el *Digesto* brinda siempre una solución favorable para este.

Así, en relación a las sumas, también expresa PAULO en D.45.1.83. §3: «Diversa cosa es respecto a las sumas, por ejemplo: “¿prometes que se darán diez o veinte?” , porque en este caso, aunque hubieres prometido diez, se respondió convenientemente, porque tratándose de sumas se considera siempre que se promete la que es menor» y POMONIO en D.45.1.109: «Si yo hubiere estipulado así: “¿darás diez o quince?” se deben diez; igualmente, si de este modo: “¿los darás después de uno o dos años?” se deberán después de dos años, porque en las estipulaciones se observa que se considera que se comprendió en la obligación lo que fuese menos y lo que fuese más lejano».

Estos últimos dos pasajes reafirman que con la patrimonialización de la obligación, y estableciendo un orden de prelación para interpretar las cláusulas de los contratos y pactos, las sumas a pagar, venían siendo el epicentro de las obligaciones, de ahí la preocupación de los juristas en caso de indecisión u oscuridad en las mismas, que hacía que se acogiera la menor. Situación similar que se daba cuando el plazo de cumplimiento de la obligación no se había expresado claramente, acogiendo en dicho caso el término o plazo más lejano.

Otro pasaje que asevera lo anterior y que además fundamenta el uso del principio *favor debitoris* más allá de los contratos, se

expresa en los fragmentos de ULPIANO en D.45.1.41.§1: «Mas cuando en las obligaciones no se pone día, se debe el dinero en el día presente, a no ser que el lugar expresado requiera un espacio de tiempo para que se pueda llegar a él. Mas el día expresado hace que no se deba el dinero en el día presente. De lo cual aparece, que la agregación de día es a favor del reo, no a favor del estipulante» y en D.45.1.41: «[...] porque ciertamente nos atenemos a lo que se trató, [...]; más si no aparecieran cuales fueran, [...] se ha de atender a las primeras calendas [...]. Pero si alguno interpusiera la estipulación en el mismo día de las calendas, ¿a qué nos atendremos? Yo opino que se considera que se trató de las siguientes calendas», este último en relación con el anterior.

Otro ejemplo apreciable en los testamentos lo encontramos en un pasaje de MARCELO, un tanto singular pues en el mismo se refleja la opinión de distintos juristas respecto a un caso llevado a juicio. En este se destacan conclusiones tales como «[...] pero en caso de duda no es menos justo que seguro seguir la interpretación más benigna [...]»,<sup>30</sup> pues en ese caso se debatieron temas polémicos como qué hacer son los legados y manumisiones luego de la tacha de los herederos.

<sup>30</sup> D.28.4.3: MARCELO: «Hace poco que en un caso de conocimiento del Príncipe habiendo tachado uno los nombres de los herederos, y siendo reivindicados sus bienes por el fisco como caducos, se dudó mucho tiempo respecto a los legados, y principalmente respecto a los legados que habían sido dejados a aquellos cuya institución había sido tachada; y juzgaban los más, que también los legatarios debían ser excluidos, lo que decía yo que ciertamente se debería hacer, si hubiese cancelado toda la escritura del testamento; algunos opinaban, que de derecho se invalidaba lo que hubiera sido tachado, pero que debía ser válido todo lo demás. Luego, ¿qué se dirá, acaso que se puede creer a veces que el que habla tachado los nombres de los herederos habla juzgado que él conseguiría lo bastante para hacer que quedase intestado? Pero en caso de duda no es menos justo que seguro seguir la interpretación más benigna, He aquí la sentencia del Emperador Antonino Augusto, siendo cónsules Pudente y Polión: “Como quiera que Valerio Nepote, habiendo cambiado de voluntad, haya abierto su testamento, y tachado los nombres de los herederos, según la Constitución de mi Divino padre no parece que su herencia les pertenece a los que hubieren sido instituidos”. Y a los abogados del fisco les dijo: “vosotros tenéis vuestros jueces”. Vibio Zenón dijo: “te ruego, señor Emperador, que me oigas con paciencia; ¿qué determinarás respecto a los legados?” Antonino César dijo: “¿te parece que quiso que valiese su testamento el que tachó los nombres de los herederos?” Cornelio Prisciano, abogado de Labeon, dijo: “tachó solamente los nombres de los herederos”. Calpurnio Longino, abogado del fisco, dijo: “no puede ser válido testamento alguno que no tiene heredero”. Prisciano dijo: “manumitió a algunos, y dio legados”. Cuando retirados todos hubo deliberado Antonino César, y mandado que de nuevo se recibiera a los mismos, dijo: «el caso presente parece que admite más humana interpretación, para que juzguemos que Nepote quiso que fuese irritado solamente lo que tachó». Tachó el nombre del esclavo, que había mandado que fuese libre; Antonino respondió por rescripto, que aquel, sin embargo, debía ser libre, lo cual ciertamente lo determinó en favor de la libertad».

Por su parte respecto a las presunciones que han de hacerse en cuanto a la existencia o no de la obligación, expone PAULO en D.44.7.47:

Dice Arriano que hay mucha diferencia si preguntas si uno se obliga, o si uno se libera. Cuando se pregunta respecto a la obligación, debemos estar más propensos, si tuviéramos ocasión, para negar; y por el contrario, cuando respecto a la liberación, has de ser más fácil para la liberación.

Aquí PAULO distingue entre la existencia de la obligación y su liberación ya que en el primer supuesto, en caso de dudas, se debe negar más que afirmar su existencia con un fin liberatorio. Mientras que al hablar de liberación, en caso de dudas, se debe optar por el cumplimiento presunto de la obligación.

En la *stipulatio* romana, donde el acreedor manifestaba una pregunta y el deudor debía contestar y someterse a esa interrogación, también hallamos fundamentos para aplicar el *favor debitoris* en tanto se consideraba justo que en caso de duda se interpretara a favor del deudor, pues le correspondía al acreedor expresar su interrogante lo más claramente posible.

Entonces, PAULO en D.45.1.38.§18 presenta: «Cuando en las estipulaciones se duda qué es lo que se haya hecho, las palabras deben ser interpretadas en contra del estipulante». Curiosa situación esta, ya que a pesar de ser una evidencia de la utilización del *favor debitoris*, también era la manifestación de la regla contractual *contra proferentem*, igualmente conocida por el Derecho Romano. En opinión del autor, no se está en presencia de una contradicción o superposición de una y otra figura, sino que esta última puede llevar a la primera ya que si el que comete la falta es el acreedor, los resultados previstos por él se interpretarán en su contra, o sea a favor del deudor, concluyendo que si es el deudor quien estipula unilateral y maliciosamente para lograr un beneficio propio, estamos en presencia del principio *contra proferentem* pero no del *favor debitoris*.

Esta situación también se muestra en D.34.5.26 en donde CELSO expresa: «Cuando en una estipulación se duda cual sea el objeto de lo hecho, la ambigüedad va contra el que estipula». Y en D.45.1.99 pr. donde el mismo jurista enuncia: «Todo lo que tiene por objeto restringir la obligación se ha de considerar que se omitió, si no se expresa claramente con las palabras; y de ordinario lo interpretamos a favor del que promete, porque el estipulante fue libre para emplear con latitud las palabras [...]».

En la fianza como forma de garantizar las obligaciones también aparecen indicios del *favor debitoris*, así la Instituta en el fragmento 3.20.§5 refrenda:

Los fiadores no pueden obligarse de modo que deban más de lo que debe aquel por quien se obligan; porque su obligación es accesoria de la obligación principal, y no puede haber en lo accesorio más que en lo principal; mas, por el contrario, pueden obligarse de modo que deban menos. Así, pues, si el deudor principal hubiere prometido diez áureos, el fiador se obliga válidamente por cinco, pero al contrario no puede obligarse. Igualmente, si aquel hubiere prometido puramente, puede el fiador prometer bajo condición, pero no puede al contrario: pues no solo en la cantidad, sino también en el tiempo se considera el más y el menos; es más dar en el acto alguna cosa, y menos darla después de cierto tiempo.

En esta época, la *sponsio* y la *fideipromissio* como formas que adoptó la fianza fueron sustituidas gradualmente por la *fideiussio* que permitió la incorporación de beneficios que protegían al deudor-fiador. Así tenemos: el beneficio de excusión, el de división y de cesión de acciones que consistían respectivamente en la negación de pago por parte del fiador hasta tanto el acreedor no utilizara todos los recursos contra el deudor principal; el rechazo de la reclamación de pago hecha a los cofiadores en el exceso de la parte que le correspondía luego de dividida la deuda; y el fiador se le extendió la acción de recuperación de lo pagado contra el deudor principal, siendo la misma de que gozaba el acreedor contra el fiador.<sup>31</sup>

En las próximas citas, la protección ya se ve en contratos específicos como en la compraventa y el arrendamiento: D.50.17.172 pr. PAULO: «En la contratación de una venta el pacto ambiguo ha de ser interpretado contra el vendedor»; D.18.1.43. §2 FLORENTINO: «El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; el cual se halla no solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula»; D.18.1.21 PAULO: «Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto más bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiere expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad»; D.2.14.39 PAPINIANO: «Parece bien a los antiguos, que

<sup>31</sup> S. BIALOSTOSKY: *Panorama del Derecho Romano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Imprenta Universitaria, Segunda Edición, México, 1985, p.166; R. DE COUDER: *Compendio de Lecciones Escritas de Derecho Romano*, Librería de Victoriano Suárez, 2da. edición, Madrid, 1894. pp. 458-460.

un pacto obscuro o ambiguo perjudique al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato».

Lazo común que tienen estas citas es que se aplican a contratos bilaterales perfectos pues engendran obligaciones para ambos contratantes desde el momento de su perfección, y donde se protege a la parte que debe entregar una suma de dinero. Pero sobre la manifestación del *favor debitoris* en las mismas se nos presenta una disyuntiva al brindarle los jurisconsultos romanos protección a uno de ellos solamente, ya que estos contratos implican que los sujetos compartan la posición activa y pasiva de la obligación respectivamente, por lo que ambos son acreedor y deudor para con el otro.

El fundamento de esta posición excluyente de los jurisconsultos podía encontrarse en el tipo de bien a entregar por las partes: en caso del vendedor si bien podía entregar cosas fungibles y no extinguirse su obligación de entrega, también podía deber bienes no fungibles con los que en caso fortuito o fuerza mayor podía liberarse de su obligación sin que tuviera que satisfacer su deuda de otro modo. Sin embargo, el comprador debía entregar siempre dinero, y aunque no lo tuviera o lo perdiera, no se podía extraer de su obligación puesto que podía pagar con otras piezas de dinero e incluso cualquier objeto de su patrimonio podía ser valuado en dinero para poder pagar su deuda. Con este tipo de bien –fungible–, no podía extinguirse una deuda por caso fortuito ni fuerza mayor, lo que hacía del comprador la parte más vulnerable en caso de incumplimiento y por consiguiente la solución tomada por los juristas romanos fue que a él debía proteger en mayor medida el *favor debitoris*. De similar forma ocurre con el arrendador y el arrendatario, pues el primero entregaba bienes no fungibles mientras que el segundo lo hacía con bienes fungibles, siendo valedero para este caso la protección a favor del arrendatario.

Cosa distinta previeron los romanos en cuanto a la fijación del precio, donde se situaban a las partes en un plano de igualdad, lo que se expresa en D.19.2.22. §3 PAULO: «Así como en el comprar y vender está naturalmente permitido comprar por menos lo que valga más, y vender por más lo que valga menos, y de este modo engañarse mutuamente, así también es de derecho en las locaciones y conducciones». No obstante en el Código<sup>32</sup> sí aparece recogida

<sup>32</sup> Citado por: M. Beatriz ÁLVAREZ: «El Favor Debitoris: Origen romanístico del principio de protección a la parte más débil», Ponencia presentada en la II Jornada sobre el origen romanístico de los Principios Generales del Derecho que organizara el Instituto Lapieza Elli de Estudios de Derecho Romano, Lenguas

la posibilidad de protección al vendedor en su posición de deudor cuando el precio por el que se haya vendido el bien fuera menor de la mitad del precio justo.

Además de los ejemplos ya tratados, presentes en el *Corpus Iuris Civilis*, también existen atisbos de este principio — a decir de DECOUDER — en el ofrecimiento y consignación del pago hecho por el deudor en la L. 19, C. *De Usuris*, Lib. IV, tít. XXXII; ya que cuando el acreedor se negaba a recibir el pago, el deudor se podía liberar consignándolo en el lugar que señalara la autoridad judicial.<sup>33</sup>

Respecto a la tasa de intereses, este es el único ejemplo en que se manifiesta la protección al deudor durante casi todas las etapas del Derecho Romano. En el año 342 a. C., la Ley Genucia<sup>34</sup> prohibió los intereses, aunque no se llegó a aplicar en la práctica, fue letra muerta. Con el cristianismo, la regulación de la usura y la prohibición del anatocismo o capitalización de los intereses,<sup>35</sup> también fue reflejo de la aplicación del *favor debitoris*. Por su parte Justiniano disminuyó la cuota de interés para todos los sectores sociales y condenó de igual forma el anatocismo y la usura reconocidas en estos pasajes del *Digesto*: «Se determinó que si alguno hubiere estipulado o intereses sobre la tasa establecida o intereses de los intereses se tenga por no expresado lo que ilícitamente se expresó y se puedan pedir los lícitos»<sup>36</sup> y «Pero no pueden ni comprenderse en estipulación, ni ser exigidos, intereses sobre el duplo, ni intereses de intereses; y se repiten los pagados, así como los intereses de futuros intereses».<sup>37</sup>

Clásicas y Cultura Latina conjuntamente con la Universidad Católica de Salta, en el mes de agosto de 2009, en Argentina, en *Lecturas de Derecho Romano V*, Ediciones Edictum, p. 10: C.44.4.2: «Si [...] hubiéreis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano, o que, restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediando la autoridad del juez, o que si el comprador lo prefiriere, recibas lo que le falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio».

<sup>33</sup> R. DE COUDER: *Compendio de Lecciones Escritas de Derecho Romano*, Librería de Victoriano Suárez, Segunda Edición, Madrid, 1894. p. 549.

<sup>34</sup> E. FERNÁNDEZ CAMUS: *Estudios de Derecho Privado Romano*, t. I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y Ca. 1925, p.51.

<sup>35</sup> A. S. MEDEROS Y E. J. BUIS: «Prácticas usurarias, anatocismo y la protección de la parte más débil del contrato en el derecho grecorromano: la defensa del deudor como principio jurídico común», Ponencia presentada en el XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia, México, celebrado en los días 16,17 y 18 de agosto de 2006. pp. 13-14.

<sup>36</sup> D.22.1.29.

<sup>37</sup> D.12.6.26.1.

Luego de este recorrido casuístico por el Derecho Romano sobre el principio *favor debitoris*, y teniendo en claro que hasta el momento no se deja sentado un concepto sobre el mismo, refiere PUIG BRUTAU que: «la duda no debe quedar sustituida por una certidumbre del máximo rigor contractual para el obligado, sino con la solución que para él mismo suponga el mínimo rigor».<sup>38</sup> En base a esto el *favor debitoris* es aquel principio del Derecho de Obligaciones que ante situaciones ambiguas, contradictorias u omisas se configura como garante protector del deudor como parte más débil de una relación jurídico-obligatoria dada, en pos de su equilibrio.

### **Del *favor debitoris* al *favor debilis***

La trascendencia del análisis doctrinal del *favor debitoris*, en la actualidad, parte de la acuciante necesidad de dotar los ordenamientos jurídicos de herramientas, ya sean principios u otras instituciones que protejan a la parte débil de una relación jurídica; pero esto no puede llevar a desvirtuar el contenido del principio que como se dejó claro, el ámbito operacional del mismo es la relación jurídica obligatoria y el contrato, al ser la fuente de las obligaciones por excelencia.

No obstante lo anterior, sagazmente la profesora DELGADO VERGARA señala que:

[...] existe inequívocamente una revalorización del *favor debitoris*, [...] y no únicamente en las relaciones privadas, sino también en las relaciones financieras de los Estados e instituciones internacionales teniendo en cuenta la complejidad de las relaciones económicas, la globalización, [...] y en resumen, la situación mundial y la política económica contemporánea. En estas circunstancias, entender el *favor debitoris* como un principio de Derecho y elevarlo a ese rango es primordial para salvaguardar la protección a las partes más débiles de las relaciones jurídicas, ya sean de Derecho Privado o Público [...].<sup>39</sup>

<sup>38</sup> J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 54, p. 304. Citado por J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: «El *favor debitoris* en el Derecho Español».

<sup>39</sup> T. DELGADO VERGARA: «El Favor debitoris y la protección al contratante débil. Raíz romanística y referencia a la legislación positiva cubana», Ponencia presentada en el XIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, La Habana, Cuba, celebrado en agosto de 2002, en: A. MATILLA CORREA (Coord.): *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba*, Coedición Universidad de La Habana y Leonard Muntaner, 2009. p. 46.

Y es que la autora al decir esto pone de manifiesto el carácter eminentemente social del Derecho, y por ende, su capacidad para adaptarse a las nuevas condiciones sociales, pudiendo aplicarse el *favor debitoris* no solo para relaciones jurídicas entre particulares sino también interestatales, traspasando los límites del Derecho Civil.

### **La protección a la parte más débil de un contrato y el *favor debitoris*. Relación género-especie**

Llegados a este punto es bueno aclarar otra cuestión medular que se refiere al principio *favor debitoris*. Y es precisamente la identificación que hacen los autores entre los principios que refrendan la protección a la parte más débil de un contrato y el *favor debitoris*; a veces porque los confunden y otras porque lo usan como sinónimos, cuando lo que realmente se establece es una relación género-especie.

Al respecto, Beatriz ÁLVAREZ en su ponencia en el marco de las Conferencias y Comunicaciones debatidas en la II Jornada sobre el origen romano de los Principios Generales del Derecho trató de «demostrar que la protección a la parte más débil se ha convertido en un principio general del derecho, cuyo origen se encuentra en el *favor debitoris* romano». <sup>40</sup> Para la jurista, el *favor debitoris* romano es el fundamento del principio que protege al débil, no viéndolo como una relación género-especie, sino que este último es la evidencia actual de lo que fuera para el Derecho Romano el primero.

Además, demuestra la presencia de ambos principios en la legislación argentina actual, encontrando el principio *favor debitoris* «consagrado expresamente en el Código de Comercio, en el artículo 218 inciso 7º, que se refiere a la interpretación a favor del deudor en el sentido de la liberación»; <sup>41</sup> mientras que «la protección a la parte más débil del contrato se puede encontrar en el artículo 656, 2º parte agregada por la reforma parcial del *Código Civil* por medio de la ley 17.711, que autoriza la reducción de la cláusula penal excesiva, y [...] en el artículo 954 al tratar la lesión como vicio de los actos jurídicos, con una aplicación general». <sup>42</sup>

<sup>40</sup> M. B. ÁLVAREZ: «El *Favor Debitoris*: Origen romanístico del principio de protección a la parte más débil», Ponencia presentada en la II Jornada sobre el origen romanístico de los Principios Generales del Derecho que organizara el Instituto Lapieza Elli de Estudios de Derecho Romano, Lenguas Clásicas y Cultura Latina conjuntamente con la Universidad Católica de Salta, en el mes de agosto de 2009, en Argentina, en *Lecturas de Derecho Romano V*, Ediciones Edictum. p. 7.

<sup>41</sup> Ob. cit. p.11.

<sup>42</sup> Ídem.



Por su parte los integrantes de la Cátedra de Obligaciones de la Universidad Nacional de Córdoba en la X Jornadas Nacionales celebradas en Corrientes, elaboraron dos ponencias, en las que hacían énfasis «en que la vieja regla brocárdica del *favor debitoris* es proyección de un principio general más amplio, la necesidad de brindar protección a la parte más débil de una relación jurídica». <sup>43</sup> Asimismo señalan que «El *favor debitoris* es la proyección en el ámbito del derecho civil de un principio más general, la protección de los débiles frente a los abusos de quienes detentan la riqueza o el poder [...]». <sup>44</sup>

Respecto a estos planteamientos pertinente es hacer la salvedad porque si bien en la actualidad se reconoce un principio general que protege a la parte débil de cualquier relación jurídica, el *favor debitoris* surgió muchos siglos antes de que se pudiera pensar en él, primero si se tiene en cuenta que los modos de producción esclavistas y feudales antiguos no daban margen a que se defendieran los derechos de los sujetos que se encontraban en desventaja, respecto a la otra parte de la relación jurídica. Además, porque solo con el surgimiento de la ciencia y la técnica, de otras ramas del Derecho y la necesidad de proteger los derechos laborales, económicos, ya no solo de los reos, es que hace que se piense en nuevos principios veladores de los débiles.

Hasta aquí, se puede colegir que todo *favor debitoris* es protección a la parte más débil, pero no toda protección a la parte más débil es manifestación del *favor debitoris*.

La protección a la parte más débil de una relación jurídica —ya no solo contractual— es un Principio General que informa a los operadores del Derecho el cómo se debe interpretar o integrar casos concretos, cuando la norma o contrato no es clara o en caso de omisión de la misma, encaminada a beneficiar a la parte más débil de la relación.

Mientras, el *favor debitoris* es el beneficio que se le otorga dentro del ámbito obligacional al deudor, cuando se le considera la parte más débil en la relación jurídica. Igualmente existen otros beneficios protectores de los débiles: el *favor creditoris* en el mismo ámbito que nos ocupa, el *in dubio pro reo* del Derecho Penal y el *in dubio pro operario* dentro del marco del Derecho Laboral.

Es evidente entonces la diferenciación que existe entre el género y la especie, y que parte de la persona a la que se debe proteger por

<sup>43</sup> COLECTIVO DE AUTORES: «*Favor Debitoris*», Ponencia presentadas por la Comisión no. 2 sobre el tema, en las X Jornadas Nacionales sobre Derecho Civil, celebradas en Corrientes, 1985. p.1.

<sup>44</sup> Ob. cit. pp.1-2.

el Derecho, como medio para equilibrar una relación jurídica. Este juicio no niega que en el ámbito de las obligaciones, la parte que normalmente se encuentra en esta posición sea el deudor.

### **A modo de conclusión**

El principio del *favor debitoris* parte de la existencia de una relación jurídica obligatoria, donde los sujetos que la conforman se encuentran generalmente en una situación de poder-deber, una más ventajosa que otra, acreedor y deudor.

El *favor debitoris* fue y es, en materia de obligaciones, una manifestación del favor libertatis, reconocido expresamente en el *Digesto*, pues las normas reguladoras de aquel principio aminoraban las limitaciones de la libertad del deudor para con el acreedor.

El régimen jurídico del principio romanista del *favor debitoris* es importante conocerlo pues ayuda a entender cómo una institución tan útil cuando se trata de equilibrar las relaciones jurídica-obligatorias, ha permanecido presente entre los juristas de hoy como fundamento de la equidad. Sin embargo, en la actualidad su fundamento ha servido para que surjan nuevos principios generales que protejan a las partes débiles de cualquier relación jurídica dada.



**SECCION II**

**DERECHO PÚBLICO**



## **La gestión de la calidad y el principio de independencia judicial. Claves teóricas para su armonización en Cuba**

Rubén REMIGIO FERRO\*  
Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ\*\*  
Majela FERRARI YAUNNER\*\*\*

En el contexto actual, el problema de la eficiencia y eficacia del aparato público constituye una cuestión fundamental, de ahí que la capacidad de mejorar la gestión de la calidad cobra importancia y se convierte en prioridad política. Si con anterioridad se sopesaban los costos políticos de una reforma del aparato estatal, ahora el razonamiento es a la inversa: los costos políticos que se evalúan son los de no hacer las reformas en aras de la eficiencia y la eficacia.<sup>1</sup>

En cuanto a la administración de justicia, frente a los reiterados reclamos o insatisfacciones de los justiciables y la sociedad referentes al desempeño del sistema judicial; lo más frecuente a escala global resulta la actitud oficial justificativa y la defensa a ultranza de la «sacrosanta» incuestionabilidad e intocabilidad de los jueces, salvo ante episodios extremadamente graves. A lo anterior se suma que los procesos de selección de quienes ingresan a la judicatura se realizan bajo criterios predominantemente técnicos, y la absoluta reticencia de la mayoría los aparatos judiciales a implementar mecanismos efectivos de supervisión y rendición de cuenta amparándose para ello en criterios hipertrofiados sobre la vigencia y alcance del principio de independencia judicial, el que suele enarbolarse como un mito, una coartada para eludir la responsabilidad por la inadecuada aplicación de las leyes. Los críticos denuncian la paradoja de que esa independencia signifique más distancia de la sociedad que del poder. Nadie la fiscaliza, depende solo de la integridad de la persona, que la defiende para resistir a las tentaciones del mundo.

\*Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Presidente del Tribunal Supremo Popular.

\*\*Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

\*\*\*Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> B. KLIKSBERG: «Perspectivas de la gerencia en los años 90», *Pensamiento Iberoamericano*, no. 9, México, 1991.

Es este el escenario que obliga a repensar, desde los fines de la labor judicial, la pertinencia y necesidad de convivencia del principio de independencia judicial, con mecanismos que permitan se controle de manera efectiva, racional y de cara a la defensa de los derechos de los justiciables, la noble pero difícil tarea de impartir justicia encomendada a los tribunales.

En Cuba, la impartición de justicia por los órganos judiciales entraña la prestación de un relevante servicio público a los ciudadanos y al resto de los actores del entramado social, toda vez que el desempeño adecuado y exitoso de esa función impacta de manera sustancial en la calidad de vida de la población, la seguridad jurídica, el orden público, la legalidad, la tranquilidad ciudadana y la confianza de la población en el sistema político.<sup>2</sup>

### **La función jurisdiccional. Apuntes desde su origen y esencia**

El Estado existe en tanto realiza sus fines y sus objetivos, es decir, en tanto cumple sus funciones como expresión del poder que estructurado socialmente, se divide en determinadas funciones jerárquicas, sustentado por una o más esferas sociales que pueden variar de acuerdo a los distintos regímenes.<sup>3</sup>

El profesor BULTÉ analiza que una gran parte de los autores, incluso desde la antigüedad, han adoptado una caracterización de las funciones del Estado que se limita a establecer diferencias en cuanto a maneras generales de actuar. En ese sentido, se ha hablado reiteradamente de la función ejecutiva, puramente administrativa o gubernamental, que debe distinguirse, según esa posición, de la función legislativa y de la función judicial, encaminada esta última a administrar justicia. De hecho, una clasificación de este orden subyacía, en cierta medida, en algunos pensadores antiguos, particularmente en ARISTÓTELES, y vino a cobrar plenitud y fuerza especial cuando en el siglo XVIII, MONTESQUIEU —quien tuvo como predecesor el pensamiento de John LOCKE—, expone sus ideas sobre la llamada «tripartición de poderes» calificando a cada una de las

<sup>2</sup> En las Proyecciones estratégicas hasta el año 2016 y los Objetivos de Trabajo para el año 2014 del Tribunal Supremo Popular, se define como misión: Impartir justicia en nombre del pueblo de Cuba con acierto, inmediatez, profesionalidad, transparencia y humanismo para contribuir a la seguridad jurídica y a la preservación y desarrollo de nuestra sociedad socialista; mientras que como visión: Los tribunales cubanos contribuyen al fortalecimiento de la legalidad, el orden, la disciplina y la institucionalidad del país, y a la realización plena de los derechos y el cumplimiento cabal de los deberes de las personas naturales y jurídicas, consolidando su prestigio, autoridad y reconocimiento social.

<sup>3</sup> J. FREUD: *L'essence de la Politique.*, p. 108. Citado por A. JORDÁN QUIROGA: *El Estado*, Editorial Los amigos del libro, Cochabamba, Bolivia, 1997, p. 70.

aludidas funciones como poderes diferentes que tiene el Estado y que deben estar separados y balanceados.<sup>4</sup>

En su obra *El espíritu de las leyes*, MONTESQUIEU defiende que deben existir tres poderes en todo Estado, el legislativo, el ejecutivo y el poder judicial. Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, y tampoco la hay si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si la justicia no se separa del poder legislativo, hasta se dispone arbitrariamente de la libertad y de la vida de los ciudadanos, porque el juez se convierte en un legislador.<sup>5</sup> Con objeto de establecer ese equilibrio, considera MONTESQUIEU que ha de procurarse la división de los poderes de acuerdo con el contenido de sus funciones, evitando las interferencias de la actividad de unos en los campos correspondientes a los demás. Es esta la teoría que se conoce como pesos y contrapesos.

En ese sentido, sostenía LAVÍN en la primera mitad del siglo pasado: «que uno de los errores de MONTESQUIEU radica en que formula una división absoluta entre el poder del estado sobre la base de esas tres manifestaciones, y efectivamente, esa división absoluta no puede darse, porque siendo uno el poder del Estado no puede dividirse en términos absolutos, ya que todos forzosa y necesariamente guardan una interdependencia entre sí».<sup>6</sup>

En este sentido DROMI plantea como fórmula para solucionar tal contradicción: «un poder político unitario, actuante por el cauce de plurales funciones y ejercido por diversos órganos».<sup>7</sup> Así por ejemplo, GARCÍA-PELAYO<sup>8</sup> considera que si bien es cierto que como clasificación carece de valor universal, las funciones deben diferenciarse en legislativa, judicial y ejecutiva, mientras que esta última puede ser subdividida<sup>9</sup> en gubernamental y administrativa.

<sup>4</sup> J. FERNÁNDEZ BULTÉ: *Teoría del Estado*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2001, p. 63.

<sup>5</sup> Plantea PONTE DOMÍNGUEZ que este filósofo no funda, como LOCKE, una independencia del poder ejecutivo y del judicial, pero los considera exactamente iguales, equilibrados al legislativo, encargado este de la formulación de las leyes, leyes que pondrá en práctica el ejecutivo. F. J. PONTE DOMÍNGUEZ: *Elementos de derecho político, ajustado al programa de la asignatura en la Universidad de La Habana*, segunda edición revisada, La Habana, 1934, pp. 120 y 121.

<sup>6</sup> Pablo F. LAVÍN: *Teoría General del Estado. Copias de Clases*, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones. Universidad de La Habana, 1948, p. 245.

<sup>7</sup> R. DROMI: *Derecho Administrativo*, 8va. edición, Buenos Aires, Argentina, 2000, p.129.

<sup>8</sup> M. GARCÍA-PELAYO: *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1987, p. 103.

<sup>9</sup> La subdivisión de la llamada función ejecutiva en gubernativa y administrativa también la defienden FIX ZAMUDIO y VALENCIA CARMONA. Ver: H. FIX ZAMUDIO,



La esencia del pensamiento del profesor BULTÉ<sup>10</sup> en este particular, estriba en considerar que lo que para la doctrina burguesa son las únicas y exclusivas funciones del Estado, no son más que métodos o formas de realización de cualesquiera de las funciones que todo Estado realiza, cuando para ello lo hace mediante acciones jurídicas, es decir, cuando lo hace mediante la forma de jure.

En Cuba se estima el poder como único e indivisible, manifestado a través de distintas funciones, distribuidas entre los diversos entes estatales. Corresponde a los tribunales populares la función de administrar justicia.

La administración de justicia concebida como institución de naturaleza política, en tanto que subsistema del sistema político de la sociedad, comparte con este la característica de procesar una serie de inputs externos, constituidos por estímulos, presiones, exigencias sociales y políticas para, a través de mecanismos de conversión, producir outputs (las decisiones) portadores ellos mismos de un impacto social y político en los demás subsistemas. Esa concepción política de los tribunales provoca sociológicamente que el comportamiento de las decisiones judiciales pasen a ser una variable dependiente cuya aplicación se busca en las correlaciones con variables independientes, tales como: origen de clases, formación profesional, la edad y la ideología de los jueces; de la misma manera que contribuye a desmentir la idea convencional de la administración de justicia como una actividad neutra, protagonizada por un juez interesado apenas en hacer justicia desde arriba y de manera equidistante de los intereses de las partes.<sup>11</sup>

El sistema judicial se concibe en esencia, como espacio neutral e imparcial, cuya misión consiste en influir sobre el conflicto para componerlo o reprimirlo. Hoy día, ante la propia conflictividad social, por las particularidades cambiantes, abiertas y hasta imprevisibles de las relaciones sociales, los tribunales adquieren además una indudable dimensión de instancia reguladora. Porque, como ha señalado Elías DÍAZ, «el juez debe salvarse y liberarse junto con la norma, junto con el derecho, cumpliendo una función creadora en la aplicación de la norma, contribuyendo a su vez para que esta sea, cada vez más, auténtica expresión de la voluntad de la sociedad de que se trate, realizando un juicio crítico (positivo o negativo) de la legislación

S. VALENCIA CARMONA: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. Editorial Porrúa, México, 2005, p. 769.

<sup>10</sup>J. FERNÁNDEZ BULTÉ: *Teoría del Estado*, ob. cit. pp. 69-70.

<sup>11</sup>B. DE SOUSA SANTOS: *Estado, Derecho y luchas sociales*, ILSA, Colombia, 1991, pp. 160-161.

vigente con objeto de ayudar así a su transformación hacia objetivos progresivos de carácter amplia y genuinamente democrático».<sup>12</sup>

Múltiples son las influencias que como ser social reciben los jueces en el desempeño de sus funciones, en palabras de Alf Ross: «En el cumplimiento de su misión el juez se halla bajo la influencia de la tradición de cultura porque es un ser humano de carne y hueso y no un autómatas, o mejor dicho, porque el juez no es un mero fenómeno biológico, sino también un fenómeno cultural. Él ve en su actividad una tarea al servicio de la comunidad, desea hallar una decisión que no sea el resultado fortuito de la manipulación mecánica de hechos y párrafos, sino algo que tenga un propósito y un sentido, algo que sea “válido”».<sup>13</sup>

En Cuba la administración de justicia se asume también como una tarea compleja, apasionante y trascendente. A la naturaleza particularmente controversial de la actividad jurisdiccional en sí misma, se suma en el entorno cubano, la responsabilidad que entraña hacerlo en el contexto de una sociedad en la que los ciudadanos tienen un amplio sentido de lo justo y lo correcto, como consecuencia directa de la obra de la Revolución.

En el primer párrafo del Artículo 120 de la Constitución cubana se establece que «la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás tribunales que la Ley instituye».<sup>14</sup> Es preciso entender que el aludido carácter popular de la justicia en Cuba, no puede asumirse en modo alguno como algo abstracto cuya manifestación se limita únicamente al talante generalmente humilde y accesible de quienes integran los Tribunales, ya sea como jueces profesionales o como jueces legos; o a los mecanismos democráticos mediante los cuales se elige a los jueces para el desempeño de estas funciones. En última instancia lo que define tal condición es la forma en que los procesos judiciales y las decisiones que en ellos se adopten, reflejen en alguna medida, las perspectivas y expectativas de la población,

<sup>12</sup> Citado por P. Andrés IBÁÑEZ: *Justicia/Conflicto*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 98.

<sup>13</sup> Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia*, traducción del inglés por Genaro R. Carrió, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1963, p.96.

<sup>14</sup> *Constitución de la República de Cuba*. Edición actualizada, La Habana, Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias, Dirección de Tribunales Militares, Ediciones GEO, 2010. Ver también artículo 3 de la Ley no. 82 «De los Tribunales Populares» de fecha 11 de julio de 1997, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, extraordinaria, de 14 de julio de 1997.

lo que equivale a decir que la actuación judicial no se desconecte del contexto social y sus circunstancias.

Cada decisión judicial debe caracterizarse, además de por su sustento legal, por su transparencia, por su nivel de ponderación, por su sensatez y por conjugar en el mayor nivel posible los intereses particulares de los justiciables con los intereses sociales generales. El recto sentido de las leyes y demás disposiciones jurídicas, en su correcta interpretación y aplicación, no deben conducir a tomar decisiones absurdas, irracionales o que lesionen los intereses generales de la población. Las decisiones judiciales de esa naturaleza más que por insuficiencias de la ley se originan por insuficiencias de los jueces.

José Martí, con la proverbial capacidad que tuvo para penetrar en la esencia de los fenómenos, al expresar su apreciación sobre cómo debía desenvolverse la función judicial aseveró: «Es verdad que los jueces tienen el deber de apegarse a la Ley, pero no apegarse servilmente porque entonces no serían jueces sino siervos. No se les sienta en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obre justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también tienen el poder de interpretarlo».<sup>15</sup>

En pos de ese propósito, los fundamentos esenciales que sustentan el ejercicio de la función jurisdiccional, en Cuba establecen que el ejercicio de dicha función esté sujeto al imperio de la ley, regido por los principios de independencia judicial, unidad de jurisdicción, integración plural de los órganos judiciales, participación ciudadana directa en la impartición de justicia y carácter electivo, inamovible, responsable y revocable de los jueces, entre otros que, en conjunto, otorgan incuestionable juridicidad, legitimidad y carácter democrático a la actividad judicial.

Actuar de manera lógica, razonable y ponderable al impartir justicia no se concibe solo como una cuestión de necesidad y genuina aspiración, sino que es además la única forma legítima de actuar; tomando en cuenta que, en general, en Cuba, las principales disposiciones legales, tanto en el orden sustantivo como en el procesal, establecen las pautas para que la justicia discurra en esa forma. La vigencia de principios como la libre apreciación de las pruebas, búsqueda de la verdad material, motivación de las sentencias, amplio arbitrio judicial y el de adecuación e individualización de la sanción, entre otros que

<sup>15</sup> J. MARTÍ: *Obras Completas*, edición digital, t. 22, Centro de Estudios Martianos y Karisma Digital, La Habana, 2001, p. 247.

informan el ordenamiento jurídico cubano, dan respaldo legal a la más amplia racionalidad en la administración de justicia.

### **El principio de independencia Judicial. Un abordaje teórico**

Uno de los principios más importantes de la actuación jurisdiccional, presupuesto medular de la función misma, es el principio de independencia judicial, que tiene su origen en la propia concepción de la separación o división de poderes. En este sentido, cuando se hace referencia al tema, puede enunciarse como independencia del poder judicial o como independencia judicial.

Al realizar un profundo análisis de la concepción de MONTESQUIEU puede deducirse que, en su afán por lograr un mecanismo efectivo de organizar y distribuir los poderes del Estado, el filósofo fue presa de excesos que lo condujeron a posiciones extremas que desvirtúan totalmente la función judicial. Así llegó entonces a plantear que: «[...] los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma».<sup>16</sup>

En tal sentido y reduciendo al absurdo la labor judicial, se fuerza al juez a una interpretación siempre literal de la ley, tergiversándose incluso la propia labor interpretativa que resulta mucho más compleja que repetir el contenido de la ley misma. Así:

[...] la interpretación auténtica, que es aquella que realiza el propio órgano legislativo, en su origen histórico aparece como exclusiva al segregarse las funciones legislativa y judicial, imponiéndose a los jueces la absurda prohibición de manipular o interpretar la ley, reservándose solo esta función al órgano o poder legislativo. En esta etapa de la historia la interpretación legislativa intentaba restringir formalmente a la judicial, partiendo de una concepción restringida, lo que no niega que en la práctica esta fuera una actividad habitual e inevitable.<sup>17</sup>

El nacimiento de esta concepción responde a coyunturas y necesidades históricas frente a una realidad de extrema concentración

<sup>16</sup> MONTESQUIEU: *El espíritu de las leyes*, vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, t. I, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 237.

<sup>17</sup> M. FERRARI YAUNNER: «Los principios de legalidad y seguridad jurídicas como fundamento del proceso de integración del Derecho para colmar las lagunas de la ley en Cuba», Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2010, pp. 65 y 66.

de poder en manos de la Monarquía. De tal manera, «la idea de la independencia del Poder Judicial nace con el concepto mismo del Poder judicial y aparece como antítesis del poder absolutista en el antiguo régimen e incorporada al constitucionalismo liberal como un elemento fundamental en la vida democrática de todo Estado de derecho».<sup>18</sup>

Con respecto al llamado «poder judicial», a él se integran cientos de jueces, decidiendo todos a la vez en casos singulares y diferentes. Así ha aclarado ATRIA:

Al decir que el poder judicial no existe me refiero a que, en tanto poder del estado, no hay uno que sea el Poder Judicial. Hay jueces, y ellos tienen autoridad, pero no hay un poder judicial. Cada vez que hablamos propiamente del poder judicial estamos usando una abreviación para referirnos a todos los jueces. Cada vez que hablamos del Poder Judicial como un órgano del estado estamos incurriendo en una impropiedad del lenguaje o una sub-versión de las instituciones.<sup>19</sup>

Una cuestión importante que debe ser definida, es la doble visión de la independencia judicial. La primera, que puede denominarse independencia objetiva, es la que precisamente se deriva de la cuestión de la separación de poderes que se ha venido abordando. No obstante, esta independencia, también denominada institucional, no es suficiente, la doctrina hace referencia por tanto a que se debe complementar con la denominada independencia subjetiva.<sup>20</sup>

Con respecto a la independencia objetiva, a partir de la propia concepción de la separación de poderes, se identifica con la necesidad de independencia en el ejercicio de la función judicial, sin la intromisión de otros órganos o funcionarios en la toma de decisiones de los jueces. Al respecto plantea HERNÁNDEZ AGUILAR:

<sup>18</sup> J. CHAIRES ZARAGOZA: «La independencia del poder judicial», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, no. 10, mayo agosto de 2004, p. 525.

<sup>19</sup> F. ATRIA: «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo», *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 5, 2004, p. 134.

<sup>20</sup> Varios son los autores que distinguen entre independencia objetiva y subjetiva, entre ellos pueden consultarse: Álvaro HERNÁNDEZ AGUILAR: «El papel del juez en los albores del siglo XXI», Costa Rica; Margaret POPKIN: «Fortalecer la independencia judicial», en *La experiencia latinoamericana en reforma de la justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México and Instituto de Defensa Legal, Lima, 2004, p. 5; Jorge CHAIRES ZARAGOZA: Ob. cit., pp. 538 y 539; E. Raúl ZAFFARONI: «La independencia interna de un juez», en periódico *El País*, 12 de febrero de 2012; Israel ROJAS ACUÑA: *El Consejo de la Judicatura Federal. Trayectoria y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos no. 179, México, 2011, p. 148.

La independencia objetiva exige, en un primer término, la reserva jurisdiccional del Estado y específicamente del Poder Judicial, de ahí que la afirmación del principio de exclusividad y unidad jurisdiccional sea una prohibición para los otros poderes (Legislativo y Ejecutivo). En segundo término, exige una organización que excluya intromisiones indebidas de otros poderes y fuerzas del Estado; limitar la actuación administrativa sobre los funcionarios del Poder Judicial para evitar que las influencias políticas, gubernamentales y de sectores sociales pudiera mermar o interferir de manera directa o indirecta en la independencia personal que debe caracterizar al juez en el ejercicio de sus funciones.<sup>21</sup>

La independencia subjetiva comprende, por su parte, la garantía de que los jueces puedan desarrollar sus función de impartir justicia en los asuntos en que intervienen, sin intromisión o presiones por parte de directivos o demás integrantes del propio aparato judicial, incluidas las instancias superiores.

A modo de resumen, es válido el criterio de CHAIRES ZARAGOZA quien plantea, haciendo referencia a la pluralidad de visiones teóricas sobre la independencia judicial:

[...] puede ser objetiva o subjetiva, externa o interna, la autonomía del Poder Judicial y la independencia individual del juez. La primera supone la no injerencia de otros poderes en la organización y funcionamiento administrativo e instrumental de los tribunales. Por otra parte, la segunda constituye la esencia misma de la función jurisdiccional. No obstante, ambas son imprescindibles, ya sea que se hable de independencia judicial o independencia del poder judicial.<sup>22</sup>

Lo que sí debe quedar claro es que, llámesele de una u otra forma, debe partirse de la independencia del poder o la función judicial, para luego buscar su imprescindible complemento en la independencia de los jueces como individuos que ostentan la responsabilidad de impartir justicia en los casos concretos.

<sup>21</sup> Álvaro HERNÁNDEZ AGUILAR: Ob.cit.

<sup>22</sup> Jorge CHAIRES ZARAGOZA: Ob. cit., pp. 528 y 529. Este propio autor plantea que: «En el constitucionalismo liberal, los jueces y magistrados reclamaron la independencia para garantizar que la acción interpretativa de sus leyes, aplicándolas al caso concreto, fuera libre y no sometida a ninguna otra autoridad que la representada objetivamente por el respeto y acatamiento de dicha ley», p. 526.

Según los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, de Naciones Unidas,<sup>23</sup> la independencia judicial implica, entre otras cosas, que: Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

En el caso del aspecto subjetivo de la independencia de los jueces, esta parte de una visión singular del juez como individuo y se puede identificar a partir de mecanismos de refuerzo de la legalidad teniendo en cuenta la concepción de que los jueces son independientes pero deben obediencia a la ley. Así, se es independiente para poder quedar sometido solo a la ley, evidentemente en el sentido material del término. Debe aclararse que resultaría erróneo considerar la sujeción de los jueces al principio de legalidad como una excepción a la independencia.

PRIETO SANCHÍS sostiene que:

La independencia, la apoliticidad y la imparcialidad, no son consecuencia del principio de subordinación a la ley, aunque históricamente sean exigencias vinculadas entre sí, pues también el legislador actúa sometido a un Derecho superior y jamás ha pretendido ser independiente o apolítico; se trata más bien de condiciones indispensables para que el juez sea auténtico juez, esto es, órgano que resuelve conflictos y define la situación jurídica de las personas. Naturalmente, se dirá que un juez tiene muchas más posibilidades de ser imparcial cuando no es él quien dicta la norma que ha de resolver el conflicto, pero ello lo único que demuestra es que la vinculación a la ley constituye un buen instrumento para alcanzar esa independencia o imparcialidad.<sup>24</sup>

En el sistema de Derecho cubano, la función de impartir justicia se apoya invariablemente en la noción de justicia contenida en la ley, por lo que su respeto y observancia es intrínseca a la función judicial misma.

[...] la independencia supone que el juez sea soberano de su ministerio y esté creado para dar la razón a quien la tenga, sin

<sup>23</sup> Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

<sup>24</sup> Luis PRIETO SANCHÍS: *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Editorial Palestra, Lima, 2005, pp. 232 y 233.

preocuparse de nada, sin obedecer a nadie y sin depender de ningún otro hombre o institución, de modo que la alternativa es tajante, o la justicia goza a plenitud su independencia o no existe la justicia.<sup>25</sup>

La responsabilidad de los jueces como funcionarios al servicio de la justicia debe tener, para su realización, el camino libre, lo que no significa que sea necesario un juez, asocial o apolítico, pues inevitablemente son sus convicciones de toda índole las que le permiten tener criterios para valorar la justicia en el caso concreto, su noción de justicia evidentemente, pero entrelazada con la que sea capaz de extraer de la *ratio legis*, sobre todo cuando la ley no tenga respuesta precisa al caso o cuando la aplicación literal de una norma lacere la justicia.

Otros aspectos identifican a la independencia subjetiva, algunos considerados parámetros o garantías. Entre ellos pueden mencionarse las formas de acceso a la carrera judicial, teniendo en cuenta sobre todo si el acceso es por elección, por nombramiento o por exámenes de oposición. Otras de las llamadas garantías se identifican con la inamovilidad de los jueces<sup>26</sup> y las garantías económicas específicamente.<sup>27</sup> También se incluyen en este aspecto elementos vinculados con la formación de magistrados y jueces a través de los sistemas de preparación profesional.

Por otra parte, los esfuerzos encaminados a reforzar la independencia judicial, no siempre están acompañados por medidas destinadas a fortalecer la rendición de cuentas (*accountability*) del poder judicial. A veces, el esfuerzo para robustecer la independencia judicial, y preservar el poder judicial de la injerencia de los otros poderes políticos del Estado, ha servido para crear una judicatura demasiado autónoma, que no percibe la necesidad de transparencia ni de rendir cuentas a nadie.

<sup>25</sup> Beatriz DELGADO MOTTOA: *La constitución política de Colombia y el nuevo papel del juez*, p. 12. Disponible en: [virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/laconstitucionypapeldejuez.pdf](http://virtual.usc.edu.co/hernandodevis/images/stories/pdf/laconstitucionypapeldejuez.pdf). (Consultado: 26/8/2014).

<sup>26</sup> Con respecto a esta garantía, ha reflexionado ATRIA que «[...] la primera de las implicaciones de la idea de independencia judicial, está hoy debilitada por el uso que la Corte Suprema está haciendo de sus facultades disciplinarias. Se ha creado una comisión de ética del poder judicial que, sin forma de juicio, puede acabar con la carrera judicial de un juez sin necesidad de que éste actúe ilegalmente. Hoy no es insensato pensar que un juez cuando falla un caso, atiende a este preocupado de no poner en riesgo su carrera». Ver Fernando ATRIA: Ob. cit., p. 137.

<sup>27</sup> Entre los autores que analizan estos aspectos podemos citar: Álvaro HERNÁNDEZ AGUILAR: Ob. cit. y Jorge CHAIRES ZARAGOZA: Ob. cit., p. 538.



En Cuba, por mandato constitucional, la función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este, de ahí que se considere coherente que los tribunales rindan cuenta de los resultados de su trabajo a través del Tribunal Supremo Popular a la Asamblea Nacional, en virtud del carácter popular de la soberanía.

Desde el punto de vista internacional, el principio de independencia judicial ha sido acogido por diferentes instrumentos jurídicos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, estipula en su artículo 10:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal».<sup>28</sup>

A medida que países de todo el mundo han iniciado reformas judiciales, la independencia judicial ha sido adoptada por organismos internacionales preocupados por los derechos humanos y la administración de justicia. En 1985, las Naciones Unidas adoptaron los Principios Básicos sobre la Independencia del Poder Judicial<sup>29</sup> y los organismos regionales hicieron lo mismo. En 1994, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos creó la posición del Relator Especial sobre la independencia de Jueces y Abogados.

En términos similares, estos estándares mundiales se reflejan en instrumentos básicos de organizaciones regionales, como es el caso del Sistema Interamericano, donde el acceso a la justicia es exigido por la Declaración Americana de los Derechos y las Obligaciones de los Hombres de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, conocida como Pacto de San José, la cual estipula que:

Todas las personas tienen el derecho de ser escuchadas con garantías del debido proceso y dentro de un tiempo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido previamente por ley, en la conformación de toda acusación de naturaleza criminal hecha en su contra o por la

<sup>28</sup>Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>. (consultado: 26/8/14)

<sup>29</sup> Disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/judicatura.htm> (consultado: 26/8/14)

determinación de sus derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal u otros.<sup>30</sup>

Las ventajas de acoger este principio son incuestionables, pero a la vez deben colocársele ciertos límites que eviten que se confunda la independencia con el libre albedrío absoluto del juez. Entre otros aspectos, se plantea que actúan como contrapartida a este principio, el de responsabilidad de los jueces<sup>31</sup> y como elementos para su correcta determinación la transparencia de las decisiones judiciales y un adecuado sistema de información a los ciudadanos.<sup>32</sup>

En lo que a los jueces respecta, existen básicamente tres perfiles diferentes de responsabilidad: la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad disciplinaria. De la misma manera, los jueces como funcionarios públicos, suelen tener reconocidos deberes jurídicos y principios y valores éticos que cumplir, cuya transgresión puede implicar, la existencia de responsabilidad disciplinaria. Sin embargo, un sistema de gestión de la calidad efectivo debe funcionar fundamentalmente de forma preventiva.

La gestión de la calidad en la función jurisdiccional debe analizarse como garantía a los justiciables, en tanto debe ir dirigida al logro de la excelencia, motivado por el compromiso con el bienestar social, la prestación del servicio de manera equitativa, con rapidez, con enfoque humanista, de manera que se fortalezca la independencia judicial como fundamento esencial para la protección del sistema democrático y se facilite el acceso a los servicios judiciales, brindándose un servicio de calidad que atienda eficiente y eficazmente las necesidades de la ciudadanía y los derechos fundamentales.

<sup>30</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html> (consultado: 26/8/14).

<sup>31</sup> Con respecto a la responsabilidad de los jueces, pudiera pensarse que esta entra en contradicción con el principio de independencia, «[...] sin embargo, teóricamente, el concepto de la responsabilidad se inscribe en la perspectiva del estado constitucional en el cual se considera que no puede existir poder público alguno sin control, ni funcionarios sin responsabilidad, incluyendo por supuesto a los miembros de la magistratura». Jorge CHAIRES ZARAGOZA: *Ob.cit.*, p. 538.

<sup>32</sup> Por su parte ROJAS ACUÑA plantea que dentro del catálogo general de garantías judiciales, la doctrina ha considerado las siguientes: carrera judicial, inamovilidad y responsabilidad. Israel ROJAS ACUÑA: *Ob. cit.*, p. 191.

### La gestión de la calidad en la función jurisdiccional

La calidad de los productos y servicios es un elemento decisivo para el éxito de las empresas y las naciones, por lo que son cada vez más numerosos los países que comprenden el reto económico y social que ello implica. Y más, este concepto trasciende hoy la esfera de la producción y los servicios y está asociado a cualquier actividad social.<sup>33</sup>

Desde el punto de vista conceptual, los principales teóricos<sup>34</sup> de la calidad han propuesto cada uno su propia definición: JURAN se refiere a la calidad como adecuación al uso, para CROSBY la calidad es el cumplimiento de los requisitos, mientras que la idea más extendida se corresponde con la definición de A. FEIGENBAUM para quien la calidad es la satisfacción de las expectativas del cliente, considerado este último en sentido amplio. En la terminología especializada ISO (V.ISO 9000), la calidad es la facultad de un conjunto de características inherentes de un producto, sistema o proceso para cumplir los requisitos de los clientes y de otras partes interesadas.

Igualmente puede adoptarse una definición de calidad, basada en la satisfacción de las necesidades o expectativas de las partes interesadas. Identificar estas es, por lo tanto, el primer paso, en la gestión de la calidad. La calidad no se obtiene por casualidad, sino mediante los recursos y los procedimientos adecuados, es decir, a través de la gestión.<sup>35</sup>

La literatura sobre gestión de la calidad no se pone de acuerdo<sup>36</sup> en si la gestión de la calidad es una simple colección de técnicas, una filosofía de gestión, un nuevo paradigma de dirección o una opción estratégica. Algunos autores<sup>37</sup> limitan la gestión de la calidad a un conjunto de métodos o incluso a un único método de control.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Antonio IGLESIAS MORELL: «Una obra en pro de la cultura de la calidad». en periódico *Juventud Rebelde* (Suplemento cultural El Tintero), La Habana, 24 de marzo de 2013.

<sup>34</sup> Ver autores citados por: Eulalia GRIFUL POSATI y M. Ángel CANELA CAMPOS: *Gestión de la calidad*, Ediciones UPC, Barcelona, 2004. p. 8.

<sup>35</sup> Ídem, p. 10.

<sup>36</sup> S. GUTIÉRREZ BRONCANO, Mercedes RUBIO ANDRÉS: «Relación entre gestión de la calidad total y dirección de recursos humanos en la PYME. La necesidad de un cambio en la cultura». *Revista Internacional de la Pequeña y Mediana*, vol.1. no. 2, p. 2.

<sup>37</sup> B. WITCHER: «The Changing Scale of Total Quality Management», *Quality Management Journal*, 2 (4), 1995, pp. 9-29.

<sup>38</sup> F. PRICE: «Out of Bedlan: Management by Quality Leadership», *Management Decision*, 27, pp. 15-21.

Se comparte el criterio que defiende que la gestión de la calidad debe llevarse a cabo mediante un sistema, es decir, mediante un conjunto de elementos mutuamente relacionados o que actúan entre sí. La gestión de la calidad, en general, incluye actividades como la planificación de la calidad, el control de la calidad, el aseguramiento de la calidad y la mejora de la calidad.<sup>39</sup>

En el caso del control de la calidad, este puede diseñarse teniendo como pilares dos funciones básicas: la función orientadora y organizativa y la función controladora.

Teóricamente también el control encuentra múltiples definiciones: Para ROBBINS<sup>40</sup> el control puede definirse como «el proceso de regular actividades que aseguren que se están cumpliendo como fueron planificadas y corrigiendo cualquier desviación significativa», mientras para STONER<sup>41</sup> «el control es el proceso que permite garantizar que las actividades reales se ajusten a las actividades proyectadas». Por su parte FAYOL<sup>42</sup> considera que, el control «consiste en verificar si todo se realiza conforme al programa adoptado, a las órdenes impartidas y a los principios administrativos [...] Tiene la finalidad de señalar las faltas y los errores a fin de que se pueda repararlos y evitar su repetición».

En conclusión, puede definirse el control como la función que permite la supervisión y comparación de los resultados obtenidos contra los resultados esperados originalmente, asegurando además que la acción dirigida se esté llevando a cabo de acuerdo con los planes de la organización y dentro de los límites y requerimientos previstos por la organización.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que aun cuando la gestión de calidad es una herramienta y práctica utilizada en el mundo desde hace ya mucho tiempo en el ámbito de la gerencia empresarial y de los negocios, no sucede de igual forma en los dominios de la actividad estatal y gubernamental, donde su manejo e incorporación comenzó a apreciarse en un período relativamente más reciente.

Quizás la explicación de ese retardo esté en la postura tradicionalmente apologética que, a lo largo de la historia, sostuvieron los políticos, funcionarios y demás agentes de la maquinaria estatal

<sup>39</sup> E. GRIFUL PONSATI y M. A. CANELA CAMPOS: Ob. cit., p.10.

<sup>40</sup> S. ROBBINS y D. DE CENZO: *Fundamentos de administración, concepto y aplicaciones*, México, 1996, p.654.

<sup>41</sup> J. STONER y otros: *Administración*, 6ta. edición, México, 1996, p. 610.

<sup>42</sup> Citado por Ramón MELINKOFF: *Los procesos administrativos*, Editorial Panapo, Caracas, 1990, p.62.

en relación con los resultados efectivos de su gestión, unido a su deliberada reticencia a someter abiertamente su accionar al escrutinio y la crítica directa de la ciudadanía.

Fue a finales del pasado siglo xx, con el surgimiento y desarrollo de la conceptualización de la gestión o gerencia pública y el consecuente acotamiento de la administración pública como disciplina de contornos propios, que comienzan a sentarse las bases sobre las que se incorporará la calidad en la gestión y el servicio público como presupuesto de eficiencia y eficacia de la acción gubernamental, administrativa y estatal de cara al ciudadano.

Al respecto, KLIKSBERG<sup>43</sup> plantea:

[...] no hay ninguna razón para pensar que en el sector público no pueda haber gerencia de la mejor calidad. La excelencia gerencial tiene que ver con los modelos organizacionales, con las tecnologías utilizadas y con el tipo de entrenamiento de los gerentes, los cuales no son patrimonio de nadie [...] Se requiere, junto a los avances tecnológicos, rescatar la noción de servicio público con sus consiguientes implicaciones en términos de honestidad en la función.

En ese contexto, comienza a producirse un replanteo del talante del ejercicio de la función judicial o poder judicial, según la consabida concepción tradicional, que suele presentar a los órganos jurisdiccionales como instituciones prácticamente incuestionables y omnipotentes, situados por encima de las personas, las entidades y el resto de las instituciones, con total autosuficiencia para dirimir, bajo el prisma de la ley y el derecho, los más disímiles conflictos surgidos en el entramado social, de manera incontestable fuera de sus propios dominios.

La función esencial de los jueces se concentra en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El ejercicio de dicha función se encuentra sometido únicamente al cumplimiento de la ley, lo que no significa que la actividad que desarrollan los jueces, no pueda, ni deba ser supervisada o controlada.

La nueva visión ontológica y deontológica de la administración de justicia que se ha ido abriendo paso en el mundo, incorpora la perspectiva de la actividad judicial como servicio público al ciudadano, cuyo cometido es proporcionar a las personas naturales y jurídicas acceso a la justicia institucional como vía para dirimir

<sup>43</sup> Silvio GALVES HERNÁNDEZ y Orlando GUTIÉRREZ CASTILLO: «Conceptos básicos de la Administración Pública», en: *Problemas de la gestión en la Administración Pública*, Diplomado en Administración Pública, VIII edición, La Habana, 2014, p. 5.

sus conflictos y procurar amparo efectivo en el ejercicio de sus derechos supuestamente conculcados.

Ese reabordaje conceptual del ejercicio de la función judicial con enfoque de servicio público, también se expresa en instrumentos y convenciones internacionales que trazan pautas referenciales para las buenas prácticas, en materia de los procederes jurisdiccionales centrándolas en su naturaleza esencialmente garantista para las personas naturales y jurídicas que intervienen en los procesos judiciales. Existen diversos ejemplos de fidedignos paradigmas para el buen hacer judicial, construcción consensuada a nivel internacional<sup>44</sup> e iberoamericano.<sup>45</sup>

En la medida en que fue cobrando fuerza todo ese proceso de renovación conceptual y paradigmático acerca del deber ser del desempeño de la administración de justicia, desde una perspectiva más democrática, enfocada en garantizar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los justiciables, paralelamente, comenzó a manifestarse y a crecer, en algunos países, el debate en torno a los resultados cualitativos de la gestión de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de la función que les corresponde.

Con el objetivo de salvaguardar los derechos ciudadanos y ofrecer garantías, existen controles internos y externos del actuar de los distintos órganos estatales, que en su mayoría tienen como referentes el cumplimiento de lo dispuesto en las normas jurídicas, de forma que se compruebe si son cumplidos principios como los de probidad y universalidad de los actos gubernamentales, para que los derechos de los ciudadanos sean respetados y no existan actos de corrupción.

<sup>44</sup> «Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente»; las «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no Privativas de Libertad» (Reglas de Tokio), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, en: Recopilación de instrumentos internacionales, vol. I, Nueva York, 2002, pp. 399-408.

«Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delito y del abuso de poder», aprobada por la Asamblea General en su Resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, entre otras, en: Recopilación de instrumentos internacionales, vol. I, Nueva York, 2002, pp. 455-458.

<sup>45</sup> En el ámbito iberoamericano, merecen destacarse las contribuciones y aportes que se han producido en el marco de las denominadas cumbres judiciales iberoamericanas de presidentes de tribunales o cortes supremas, que constituyen un interesante foro de intercambio y debate de experiencias e ideas, a partir de los cuales se han adoptado valiosos documentos que ofrecen patrones para el debido desempeño de

Karl LOEWENSTEIN clasifica los controles «en intraórganos e interórganos, según se ejerzan dentro de un poder o entre uno y otro poder, y explica que ese proceso consiste en el interjuego de cuatro detentadores: electorado, parlamento, gobierno y tribunales. Mientras que el electorado es el factor legitimador de todos los otros detentadores del poder, el parlamento, el gobierno y los tribunales están fundamentalmente equiparados».<sup>46</sup>

Conforme analiza CHAPMAN:<sup>47</sup> Los controles jurisdiccionales del proceso administrativo o contencioso-administrativo, encargados de tutelar el derecho de los administrados, y los controles judiciales constituyen también mecanismos característicos de los estados de derecho, mientras que las funciones legislativa y judicial se ejercen esencialmente a través de actos específicos (leyes, sentencias), la actuación administrativa es esencialmente continua y el control le es inherente, ya que constituye una parte inescindible del proceso de administración.

Los sistemas de evaluación pueden ser también un arma de doble filo, según su uso. Considera IBÁÑEZ a la pregunta de si ¿lesionan los sistemas de evaluación de desempeño la independencia judicial? que, una vez acreditada la capacidad para acceder a la jurisdicción, el modo más correcto de ejercer un control de calidad de la actividad es hacer un seguimiento regular de la misma. Es decir, realizar visitas de inspección periódicas a todos los organismos judiciales, a fin de evaluar si se practica la inmediatez en la gestión de los procesos, si se dictan personalmente y se motivan las decisiones, si se cumplen los plazos, si se atiende de forma adecuada a los justiciables, si se respetan los horarios; si el rendimiento se ajusta a módulos racionalmente prefijados, dando, obviamente, a los incumplimientos el tratamiento disciplinario que corresponda.<sup>48</sup>

la función jurisdiccional. Entre esos documentos o «hijos de la Cumbre», como suelen denominarse en estos espacios, se encuentran el Código de Ética Judicial Iberoamericano, el Estatuto del Juez Iberoamericano/ VI Cumbre Iberoamericana de presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, (2001 mayo: 23-25, Canarias), Madrid, 2001. Así como las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008 mar: 4-6, Brasilia.

<sup>46</sup> K. LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 233

<sup>47</sup> W. L. CHAPMAN: «Crónica resumida del proceso de control gubernamental y comentarios sobre la nueva ley de reforma del régimen de control de la administración financiera del Estado», en *Régimen de la Administración Pública*, no. 169, Buenos Aires, 1992.

<sup>48</sup> P. Andrés IBÁÑEZ: «Independencia, responsabilidad, compromiso». Entrevista realizada por Juan Enrique Vargas Viancos, Centro de Estudios de Justicia de las

La eficacia de la labor judicial tiene mucho que ver con la capacidad de los jueces de tomar en cuenta, en los actos, análisis y decisiones en que intervengan, junto a las normas y disposiciones aplicables al caso que se enjuicia, los factores, circunstancias y contextos concomitantes con los hechos y las personas involucradas.

Por más que las leyes propugnen la vigencia de aspectos cruciales, como acceso a la justicia, imparcialidad, contradicción, igualdad entre las partes, humanización, eficacia, aproximación a la verdad material y respeto a los derechos fundamentales, es y será la postura de los jueces, y su resuelta disposición e inteligencia para hacerlos prevalecer, lo que determinará si ciertamente se corporifican en cada proceso, y la proporción en que lo hacen.

Dándole seguimiento a algunas ideas de PÉREZ HERNÁNDEZ<sup>49</sup> se considera que la profesionalidad aun cuando exige el cumplimiento de condiciones específicas propias de la profesión, se relaciona también de forma fundamental, con las obligaciones y responsabilidades que genera su actuar, y con determinadas cualidades personales del profesional que la ejerce. En ese camino cada profesión para fundamentar y garantizar su mejor ejercicio, erige ciertos valores como indispensables, y estipula limitaciones y prohibiciones para su práctica. De su ejercicio cotidiano, es usual que emerjan contradicciones entre unos y otros, y en consecuencia se instituyan métodos que contribuyan a minimizarlas o solucionarlas.

En el ejercicio de sus funciones, los jueces deben cuidar que sus actuaciones respondan a normas de conducta que honren la integridad de su ocupación y que al mismo tiempo fortalezcan el respeto y la credibilidad en la judicatura.

La conciencia jurídica formal de los jueces compite casi siempre con su conciencia jurídica material, o sea, el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable, de modo que no es infrecuente que los jueces tengan que plantearse el dilema de aplicar estrictamente la ley, dando lugar a una solución injusta [...] Los jueces son tan moralmente responsables como otros, y el mero hecho de fundar sus decisiones en normas jurídicas positivas no los exime de su responsabilidad moral por tales decisiones.<sup>50</sup>

Américas y Alberto M. Binder, vicepresidente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Sistemas Judiciales.

<sup>49</sup> L. PÉREZ HERNÁNDEZ: «Una breve reflexión, teórica-crítica, sobre la ética judicial». en: Yumil RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (Coord.): *Los Tribunales en Cuba. Pasado y Actualidad*, Oficina del Historiador de la ciudad de La Habana y Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2013. pp. 511-522.

<sup>50</sup> C. Santiago NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, 12a. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1997, p. 297.



Las decisiones éticas del juez están fuertemente influenciadas por varios factores: sus propios valores, su actitud, experiencias y conocimientos técnico profesionales; las influencias y los ejemplos, así como, por los Códigos de ética de la profesión como fuentes educativas de deberes morales, de manera que la impartición de justicia debe propugnar como mejor método jurídico a aplicar en su quehacer, aquel que garantice, «la justeza de la solución, en el doble sentido de ajustada a derecho y axiológicamente justa, en el doble registro de legal y legítima»,<sup>51</sup> así como, que procure evitar perjuicios sociales mayores, con la decisión que de él se derive.

Al abordarse esa problemática en el sistema de tribunales cubanos, se identifica y asume que, para lograr esos objetivos, la gestión de la calidad se debe materializar en actuaciones que conduzcan a una unidad de enfoque sistémico que procure: el desempeño diligente y ágil en los procesos judiciales, con apego a los términos establecidos en la ley; la actuación responsable, profesional y ética en los actos procesales y demás trámites de los procesos; el respeto a las garantías y derechos de las partes involucradas en cada asunto; la adopción de decisiones judiciales correctas, caracterizadas por su adecuada fundamentación y argumentación legal, racionalidad y sentido de justicia; y el cumplimiento efectivo y oportuno de las decisiones judiciales

La necesidad de asegurar esos resultados demanda ineludiblemente el empleo de acciones institucionales intencionadas para gestionarlos que, por supuesto, incluya el monitoreo o control interno sobre la base de determinados presupuestos previamente identificados: interrelación y retroalimentación entre las actividades y sus actores, identificación de deficiencias, sus causas y responsabilidades y el diseño de acciones para su solución y seguimiento, a partir de un proceso evaluativo previo contextualizado, según criterios de pertinencia.

El despliegue de un adecuado y pertinente sistema de control interno institucional, lejos de resquebrajar, fortalece el carácter democrático de la administración de justicia porque en esencia su contenido es asegurar el cumplimiento del debido proceso y el resto de las garantías y derechos de los justiciables y la sociedad en el desempeño de la actividad judicial.

En Cuba, el Sistema de Tribunales, negocia con la Oficina de Normalización de la calidad, un protocolo de trabajo, con el objetivo de capacitar, diagnosticar, definir procesos y

<sup>51</sup> L. María ASEFF: *Argumentación jurídica y semiosis social*, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 2003, p.45.

posteriormente poder concebir instrumentos que en un futuro permitan homologar y validar el sistema de gestión, con las normas y prácticas internacionales correspondientes.

Para enfatizar la trascendencia que cobra la gestión de la calidad en el sector, es importante insistir de acuerdo con MONSERRAT QUINTANA que:

«[...]una justicia de calidad es la garantía de la paz social y de la convivencia nacional e internacional. De manera reveladora los benéficos efectos de una Administración de Justicia de calidad influyen en el desarrollo económico y en la seguridad no solo jurídica, sino cívica en general».<sup>52</sup>

### **La gestión de la calidad y el principio de independencia judicial. Algunas claves para comprender su armonización**

No obstante lo expresado, la gestión de calidad en la administración de justicia no resulta un tema exento de debate en el ámbito académico o profesional, toda vez que genera agudas polémicas en torno a si su realización interfiere o no con el principio de independencia judicial, como uno de los pilares del ejercicio democrático de la función judicial.<sup>53</sup>

Sucede que, tradicionalmente, una parte de la doctrina jurídica —de filiación claramente conservadora— concibe la vigencia del expresado principio sobre la base de una libérrima autonomía de los jueces, para cumplir su función según su propio parecer y entender, sin vestigio alguno de supervisión crítica de lo que hace y, por ende, fuera de cualquier exigencia, incluso institucional, sobre la calidad de su desempeño.

Eugenio Raúl ZAFFARONI,<sup>54</sup> reconocido tratadista del ámbito jurídico latinoamericano, al referirse al tema plantea que «en líneas generales, puede afirmarse que un juez independiente —o quizás un juez a secas— no puede ser empleado del poder ejecutivo o del poder legislativo, pero tampoco puede ser empleado de la corte o tribunal

<sup>52</sup> A. MONSERRAT QUINTANA: «Calidad y mutua confianza: algunas aplicaciones desde una perspectiva europea», en: *Revista Judicial. El autogobierno del poder judicial*, edición 24, Bogotá, Colombia, diciembre 2013. p. 34.

<sup>53</sup> Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, aprobados por el VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

<sup>54</sup> E. Raúl ZAFFARONI: «Dimensión Política de un Poder Judicial Democrático», conferencia dictada en la ciudad de Guayaquil, Ecuador, el 1 de septiembre de 1992, en el seminario sobre Reforma Judicial en Ecuador.

supremo». Evidentemente, según ese criterio pudiera pensarse que el juez debe ser un ente aislado, infalible, incuestionable y totalmente autosuficiente en su actuación.

Frente a estos conceptos, toma cada vez más fuerza la convicción acerca de que la necesaria independencia de los jueces para decidir sobre los asuntos en que intervienen, sin interferencias de tipo alguno, aplicando la ley y el Derecho, de acuerdo con su interpretación y puntos de vista, implica a su vez la responsabilidad de hacerlo con total apego a los procedimientos legales y garantías del debido proceso y cumpliendo los estándares de calidad que exige el desempeño de la función pública que tiene encomendada. La exigencia de esa responsabilidad no puede quedar indefinida en el tiempo o sujeta solo a la posible impugnación del fallo, sino que requiere del permanente control social e institucional que prevenga a los jueces de un desempeño errático en el ejercicio de su profesión, que los conduzca a caer en las antípodas de lo justo, lo ético y lo legal.

Resulta totalmente insostenible, en nombre de una supuesta concepción democrática del Derecho y la justicia, esgrimir la vigencia del principio de independencia de los jueces como manto protector al libre albedrío, la anarquía y la irresponsabilidad en el desempeño de esa trascendente función. La actuación transparente, imparcial, accesible y responsable de los jueces, de cara a la ciudadanía a la que se deben como servidores públicos, es el único modo verdaderamente democrático de impartir justicia y de ganar confianza y prestigio ante la población, sin comprometer la independencia de los juzgadores para cumplir su función.

Por otra parte, el juez que se precia de actuar con verticalidad ética y profesional, sabe que tiene en sí mismo al principal garante de su independencia para juzgar. Si en su fuero interno resulta influenciado o corrupto, ninguna barrera normativa o institucional impedirá que ceda ante presiones, sobornos o intentos de predisponer su juicio crítico, y tendrá que lidiar indefectiblemente con ellos mientras ejerza la profesión.

En la Declaración de Buenos Aires. XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, 25, 26 y 27 de abril 2012, resultó como una de las conclusiones luego de las deliberaciones pertinentes, aprobar una moción que contempla incluir los principios de independencia judicial, de voluntariedad y de no injerencia de organismos externos, permitiendo que en cada uno de los países se estructuren los esfuerzos necesarios para impulsar la calidad en todos los procesos de administración de justicia.

A partir de lo cual se aprobó la creación de la Red Iberoamericana de Gestión e Investigación para la calidad de la Justicia (RIGICA-Justicia), con el fin de garantizar y mejorar los servicios que presta la administración de justicia en los estados miembros, mediante la promulgación de normas de calidad, entre otros.<sup>55</sup>

Por su parte, el Decálogo Iberoamericano para una justicia de calidad, plantea en su enunciado VIII, realizar la medición de resultados en la gestión de la justicia, reconociendo que la calidad se mide a través de indicadores que evidencien el cumplimiento de los objetivos planteados. No puede hablarse de calidad si ella no es constatable, por lo que es necesario que los estándares deban estar debidamente tipificados. En todos los niveles de la organización, las decisiones deben fundamentarse en los análisis de los datos y la información.<sup>56</sup>

En consecuencia, se deberá calificar con calidad el servicio judicial en la medida en que satisfaga las expectativas de los justiciables, a partir de la percepción que los mismos tengan directa o indirectamente, acerca de la impartición de justicia, en correspondencia con el logro de un servicio orientado a las personas, una justicia profesional altamente calificada y tecnológicamente avanzada.

### **Algunas ideas conclusivas**

El principio de independencia judicial no es consecuencia solamente de la concepción de poderes estatales, sino que es requisito *sine qua non* para el ejercicio efectivo de la impartición de justicia como función esencial de los órganos jurisdiccionales.

La concepción tradicional sobre el desempeño de la función judicial se ha enfocado más en asegurar las garantías y derechos de los jueces que de los justiciables, amparándose para ello en la interpretación hipertrofiada sobre la vigencia y alcance del principio de independencia judicial.

La gestión de la calidad es una herramienta conceptual y práctica imprescindible para el ejercicio efectivo de la función judicial, concebida como servicio público, que exige el mejoramiento continuo de su desempeño para satisfacer las necesidades de la

<sup>55</sup> Declaración de Buenos Aires. XVI Cumbre Judicial Iberoamericana, 25, 26 y 27 de abril 2012, en: Manual de calidad. Instrumentos Internacionales Cumbre Judicial Iberoamericana. Sistema Integrado de Gestión y control de la calidad, Sala Administrativa, Consejo Superior de la Judicatura, Colombia. p. 205.

<sup>56</sup> «Decálogo Iberoamericano para una justicia de calidad», *Revista Judicial, El autogobierno del poder judicial*, edición 24, Bogotá, Colombia, diciembre 2013, p. 39.

sociedad y los ciudadanos, en correspondencia con el contenido de la Constitución y las leyes.

La gestión de calidad en la labor del sistema judicial debe trascender las valoraciones inherentes a la solución de los recursos procesales, e incorporar además mecanismos de verificación del desempeño de los jueces y secretarios judiciales en cuanto a elementos medulares de estas funciones, tales como: la imparcialidad, la integridad, la profesionalidad, el cumplimiento de los términos, la transparencia, el debido proceso y la independencia judicial.

El sistema de gestión de la calidad de los tribunales en Cuba deberá homologarse conforme a las normas y estándares nacionales e internacionales y contar con una metodología propia, debidamente certificada, que permita elevar los niveles de calidad, para garantizar la función suprema de impartir justicia, que establece para los tribunales la Constitución de la República.

## Los municipios cubanos: de cómo se concibieron a qué se necesita

Martha PRIETO VALDÉS\*

«El municipio, en cuanto organización política, admite variadas fórmulas organizativas pero con exclusión de aquellas que desconozcan su condición de ente natural y, por tanto, de autonomía».<sup>1</sup>

### Breves sobre el Municipio

En sentido general, del Municipio, concebido como la menor de las corporaciones de Derecho Público, cuyos elementos básicos son el territorio y el grupo humano que en él se asienta de manera estable y parte del todo estatal, nos interesa ese «deber ser» capaz de captar y administrar por sí sus propios intereses, surgidos de ese intercambio para satisfacer las necesidades comunes. Por ello, aun cuando pensemos que el vocablo nos lleva directamente a las estructuras de poder y administración, no puede obviarse ese carácter de sociedad local, que se organiza políticamente dentro de una extensión superficial, no siempre se ha formado de manera natural gracias a las relaciones de vecindad creadas, sino que también son resultado de determinaciones de conformidad con niveles de desarrollo productivo, político y social. Era necesario establecer ciertas garantías y a la vez límites de esas relaciones en aquellos espacios, y todo ello recabó de su reconocimiento y protección legal.

Su concepción legal, la ordenación y las competencias reconocidas para este nivel fueron, y son, resultado de las determinaciones desde los focos de poder en cuanto a las relaciones base-cima, sin desconocer la importancia del nivel de desarrollo de lo local y de los intereses que en torno a ello se manifiesten. El municipio es, entonces, esa pequeña parte del Estado, que se diferencia del resto, pero se integra al todo y lo fortalece, «[...] son los glóbulos rojos de la sangre del Estado; son los hijos de la familia nacional, con derecho a esa protección [...]».<sup>2</sup>

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

<sup>1</sup> A. G. CARMONA ROMAY: *Notas sobre Autonomía y Autarquía*. Contribución al Tema II de la Agenda de la VI Reunión del Congreso Interamericano de Municipios, Panamá, 17-25 agosto, 1956. Editorial Selecta, La Habana, 1956, p. 11.

<sup>2</sup> F. CARRERA JUSTIZ: Discurso de Clausura en Primer Congreso Nacional de la Unión de Municipios cubanos, en sesión de 31 de julio de 1926, publicado por la Imprenta La Prueba, Habana, 1926, p. 20.

La pretensión básica de la existencia de este ente administrativo-territorial-social, en líneas generales, es lograr la garantía de la seguridad ciudadana y el orden público, incluida la protección de los bienes de los residentes en el territorio; el aseguramiento de la salubridad, los servicios públicos municipales, propiciar el crecimiento ordenado del espacio físico urbano o rural, estimular el desarrollo local en la esfera socioeconómica o cultural y velar por la protección del medioambiente, y otros, a la vez que tiene la obligación de contribuir al desarrollo de lo local y tributar a lo nacional.

### **¿Cómo se concibieron? Antecedentes en Cuba no republicana**

Al decir de Angulo y Pérez, en Cuba se estableció inicialmente el sistema institucional de Castilla y León, que ya estaba en el ocaso de sus libertades, y no el que existía en algunas de las otras regiones de España, porque el descubrimiento de América se hizo para la corona de Castilla, y de ella procedían los dirigentes de la conquista y la mayoría de los conquistadores.<sup>3</sup> Este es el fundamento de la organización local y de las normativas que se impusieron en nuestro territorio.

La fundación de las primeras villas por Velázquez y la designación inicial del Alcalde, y luego Regidores y otras autoridades, fue el primer paso para el nacimiento de la organización territorial colonial en la Isla de Cuba. Estas Ciudades, Villas y Pueblos se fueron conformando al amparo de las Leyes de Indias,<sup>4</sup> las que estipularon —entre otros— el cómo para las plazas, calles, construcciones públicas y privadas, de los templos, el acceso a las aguas, y la defensa del territorio, o si habría de ser Ciudad, Villa o Lugar y los cargos que habrían de instituirse, ya de dirección o para la impartición de justicia. Al principio, los cargos —incluso el de Justicia y Regimiento—<sup>5</sup> fueron electivos y en sentido general derivaron a ser designados por el Gobernador.<sup>6</sup>

Es sabido, asimismo, el importante papel que en la conformación de los entes territoriales en Cuba jugaron las Ordenanzas de Cáceres, nacidas para regular el funcionamiento del cabildo y regimiento

<sup>3</sup> A. ANGULO Y PÉREZ: «La afirmación y la quiebra de la libertad en las instituciones locales», conferencia en Ateneo de La Habana, 1ro. de abril de 1941, p. 11.

<sup>4</sup> Leyes de Indias, Título Siete. De la población de las Ciudades, Villas, y Pueblos. Libro IV. En Archivo digital de la Legislación en el Perú, <http://www.congreso.gob.pe/>

<sup>5</sup> Para estos cargos, ver Leyes de Indias, cit.; Ley XIX, Título VII —De la población de Ciudades y Villas, Libro IV. Para los restantes cargos, ver Leyes VII a XIII, De los Cabildos y Concejos, Título IX del Libro IV.

<sup>6</sup> P. J. GUITERAS: *Historia de la Isla de Cuba*, t. II, segunda edición, Cultural S.A., La Habana, 1928; p.10.

de la villa de La Habana y demás villas y lugares de la Isla, siendo catalogadas como muy útiles y necesarias para el gobierno de la villa, su tierra y comarca, por lo que debían guardarse, cumplirse y ejecutarse inviolablemente.<sup>7</sup> Pautaron el funcionamiento de los órganos de dirección en las localidades, a fin de proveer las cosas para el buen gobierno de la villa y de los bienes públicos, las que pervivieron por casi tres siglos.

También tuvo influencia en la organización local el ideario liberal vinculado a la Constitución de Cádiz, y más tarde las Ordenanzas de Ayala en 1827. Para 1856 — mucho más coherentes en sí mismas —, las Ordenanzas de Concha para La Habana,<sup>8</sup> significaron un paso de avance respecto a toda la ordenación anterior pues estipularon los límites territoriales para los diversos barrios y sus esferas de desarrollo; las garantías para el culto religioso, reglas para la moral y salubridad públicas, el orden público y la seguridad, abasto, transporte, paseos y espectáculos, así como las obligaciones y responsabilidades, sin olvidar las licencias, multas y sanciones, entre ellas la confiscación. Estas Ordenanzas sentaron una fuerte base en la conformación del municipio como ente local con vida propia al reconocerle, incluso, el derecho de confeccionar su presupuesto.<sup>9</sup>

A la altura de 1878 se hacía extensiva a Cuba la Ley Municipal española de 1877, que tuvo un carácter centralizador y un concepto legalista del Municipio,<sup>10</sup> la cual se mantuvo hasta los primeros años posteriores al nacimiento de la República.

Se había conformado la noción de lo local, la necesidad de entes de gobierno a este nivel, que en su devenir estuvieron sometidos, a una autocracia rígida y centralizadora, que las convirtieron en simples oficinas recaudadoras de la Capitanía General.<sup>11</sup>

### 1902-1976

En este rápido pasaje histórico acerca de cómo se conformaron los municipios cubanos, es menester destacar que en la primera de las Constituciones de la República, mezcla de cosecha propia e influencia

<sup>7</sup> Ordenanzas Municipales (de Cáceres), 14 de enero de 1574, Anexo en F. CARREIRA JUSTIZ: *Introducción a la Historia de las instituciones locales de Cuba*, La Moderna Poesía Imp., La Habana, 1905, t. segundo, pp. 255-300.

<sup>8</sup> Ordenanzas municipales de La Habana (de Concha), de 24 de diciembre de 1855, en vigor a partir de 1ro. de enero de 1856.

<sup>9</sup> Ramón INFIESTA: *Historia Constitucional de Cuba* (Prefacio de E. S. Santovenia), Editorial Selecta, La Habana, 1942, p. 338.

<sup>10</sup> Andrés ANGULO Y PÉREZ: *Ob. cit.*, p.14

<sup>11</sup> *Ibidem*, p.16



européa, y no de la intervención norteamericana en la Constituyente,<sup>12</sup> se aprecia una fuerte centralización, evidenciada incluso en las facultades que se reconocieron al presidente de la República para intervenir en las decisiones de las provincias y los municipios, pudiendo suspender los acuerdos de los Ayuntamientos.<sup>13</sup> A estos últimos, como expresión de esa relativa descentralización, además de su conformación mediante el voto popular directo, les estaba permitido formar sus presupuestos, estableciendo los ingresos necesarios para cubrirlos y acordar empréstitos, entre otros.<sup>14</sup> No se consignó expresamente la autonomía municipal, aunque sí estipuló su carácter de persona jurídica.<sup>15</sup>

Fue la Ley Orgánica del Municipio de 1908, que sustituyó la española de 1877, la que significó un salto en la ordenación de esta institución, al regular de manera expresa la autonomía local, aunque se ha sostenido que fue pura fórmula por los excesos del poder central tanto en la suspensión de los funcionarios locales como respecto a las decisiones adoptadas a este nivel.<sup>16</sup> Por tanto, aún previsto, las relaciones del municipio, y sus órganos, con el aparato de poder central arrojaron una relativa descentralización administrativa<sup>17</sup> y no en todo momento.

Es ya con la Constitución de la República de 1940, que se reguló de manera expresa la autonomía municipal, y en varios artículos se reitera esa concepción: El Municipio es autónomo; el gobierno municipal queda investido de todos los poderes necesarios para resolver libremente los asuntos de la sociedad local y el Estado

<sup>12</sup> Ver FRANCISCO CARRERA JUSTIZ: *La Constitución cubana y el problema municipal*, Librería e imprenta La Moderna Poesía, La Habana, 1903, pp.41-42. Afirmación que se constata dada las claras previsiones en la Constitución de 1901 acerca del régimen municipal, su hacienda, presupuesto, tesoro municipal, propiedades y obligaciones en el Título XII, a diferencia de la práctica norteamericana de la época.

<sup>13</sup> Constitución de la República de 1901, las facultades del presidente de la República consignadas en el art. 68, incisos: 12-14. Ver asimismo, sobre este tema a Enrique HERNÁNDEZ CORUJO: *Historia constitucional de Cuba*, Comp. Editora de Libros y Folletos, La Habana, 1960, t. II, p. 8; Antonio LANCÍS: *Sobre el problema constitucional cubano*, Imprenta Lápiz Rojo, La Habana, 1936, p. 9.

<sup>14</sup> Ver *Constitución de la República de 1901*, art. 105.

<sup>15</sup> RAMÓN INFESTA: Ob. cit., p. 338.

<sup>16</sup> En la obra de ANGULO PÉREZ, p.15, puede leerse: «[...] fue declarada esta autonomía, sin que haya tenido efectividad, por la constante absorción del gobierno central, que anuló la eficacia de su funcionamiento en su inútil pretensión de administrar desde la Habana los intereses de cada sociedad local. La abusiva suspensión gubernativa de los funcionarios municipales y de los acuerdos y disposiciones, complaciendo intereses políticos partidistas, ha sido una obstrucción permanente para el buen funcionamiento de los organismos comunales».

<sup>17</sup> ENRIQUE HERNÁNDEZ CORUJO: Ob. cit., t. 2, p. 26.

podrá suplir la gestión municipal cuando esta sea insuficiente en caso de epidemia, grave alteración del orden público y otros motivos de interés general; el municipio se conforma sobre una base de capacidad económica para satisfacer los gastos del gobierno propio y con personalidad jurídica a todos los efectos legales, o el gobierno municipal es una entidad con poderes para satisfacer las necesidades colectivas peculiares de la sociedad local.<sup>18</sup> Quedaba clara así, la libertad del municipio para la toma de decisiones, aunque también que era parte de un todo al cual debía sujetarse; y frente a la anterior situación política que vivió el país, estas facultades municipales daban la posibilidad de desarrollo de múltiples relaciones en la base, a la vez que el fortalecimiento de las instituciones de la localidad.

El triunfo revolucionario del año 1959, con nuevos conceptos y esquemas de dirección y dominación política para transformar la sociedad cubana, requirió de una nueva estructura de poder, lo que también se puso de manifiesto en la entidad municipal. Primero, la lógica reestructuración de los integrantes del gobierno local, adoptada en la primera reunión celebrada por el Gobierno provisional revolucionario en su sesión de constitución.<sup>19</sup> Más tarde, aún vigente la Constitución de 1940, el Gobierno Provisional aprobó la Reforma Constitucional no. IV, de 20 de enero de 1959<sup>20</sup> mediante la cual dispuso que las provincias y municipios se regirían en la forma y mediante los órganos que acordare el Consejo de Ministros, sin perjuicio de lo cual continuarían vigentes las disposiciones legales y constitucionales reguladoras de tales regímenes, ejerciéndose por las nuevas autoridades las funciones que correspondían antes a los Gobernadores, Consejos de Alcaldes, Alcaldes y Ayuntamientos. De esta manera, ya se pautaban los cambios estructurales en el municipio.

El rechazo a la titularidad individual de los entes locales no se hizo esperar, y la Ley 37, de 29 de enero, que vino a regular el Régimen municipal, determinó que la dirección de los municipios sería ejercida por tres Comisionados, no electivos como había sido hasta ese entonces, sino designados por el ministro de Gobernación, los que ostentarían la personalidad jurídica del municipio.<sup>21</sup> Conducción

<sup>18</sup> Ver Constitución de la República de Cuba, 1940, arts. 209, 211 y 212.

<sup>19</sup> Acta de Constitución del Gobierno Revolucionario (no.1), resuelto segundo, en Libro de Actas, pp. 2-4, Archivo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de la República de Cuba, citado en PORTUONDO Y RAMÍREZ (comp.): *La Revolución cubana. 1959-1961. Documentos y artículos*, Editorial F. Varela, La Habana, 2003, pp. 20-21.

<sup>20</sup> Reforma Constitucional IV, en Proclamas y Leyes cit., pp.15-16.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 96.

colectiva y la personalidad jurídica no en el municipio, sino en su dirección, aunque la inoperatividad de la acción ejecutiva colegiada propició poco tiempo después el cambio a un solo comisionado.<sup>22</sup>

En las dos leyes se ratificaba formalmente la independencia de la gestión municipal con respecto a la Provincia, aunque no puede obviarse que el Ministerio de Gobernación podía nombrar y sustituir a los comisionados municipales, anular las disposiciones de estos y adoptar disposiciones complementarias a las leyes que regulaban la actividad municipal.

Empezaba a ceder la autonomía municipal, algo contradictorio en sí mismo, pues poco tiempo después la Ley fundamental de 1959 reproducía casi exactamente el Régimen municipal del texto de 1940, definiendo al municipio como la sociedad local organizada políticamente en una extensión territorial determinada por necesarias relaciones de vecindad, sobre una base de capacidad económica para satisfacer los gastos del gobierno propio, y con personalidad jurídica a todos los efectos legales; además de investir al gobierno municipal de todos los poderes necesarios para resolver libremente los asuntos de la sociedad local.<sup>23</sup>

No obstante este diseño, los pasos hacia la autonomía no se produjeron, sino que incluso empezó a adoptarse en una lógica a contrario, decisiones en cuanto a las funciones representativas y ejecutivo-administrativas: se fundieron, iniciándose además la concentración de la toma de decisiones en un titular local. La Ley 106 contribuyó a ello, como también las necesidades de la práctica política y de la instrumentación de las medidas sociales.

Acompañaron este proceso de transformación del ente municipal la creación de las Juntas de Coordinación, Ejecución e Inspección (JUCEI) en 1961: se incorporaban las organizaciones de masas creadas en el tránsito a la gestión político-administrativa, con lo que se ampliaba la base social del aparato estatal aún sin elecciones, pero como su nombre lo indica, no fueron órganos para la toma de decisiones. En la práctica se aumentaron las facultades de la Provincia y disminuyeron las correlativas a los municipios, en especial en cuanto a la planificación y utilización de los recursos.

Los años subsiguientes, 1965-66, también son muestra de acciones en la reorganización del poder local: las JUCEI locales fueron sustituidas por las Administraciones locales, y al frente de

<sup>22</sup> Ver Ley 106 de 27 de febrero de 1959. Proclamas y Leyes del Gobierno Provisional de la Revolución, no. III, del 1 al 28 febrero de 1959.

<sup>23</sup> Ley Fundamental de la República. Cuaderno Extraordinario, no. II, Folletos de divulgación legislativa, Editorial Lex, La Habana, 1959; arts. 187 y 191.

estas su presidente y los secretarios, junto a los secretarios generales de las organizaciones de masas y diez delegados electos en asambleas en centros de trabajo y barrios. La combinación de Administración y poder popular estaba en ciernes, las organizaciones de masas en la base realizaban la representación popular y asumían en muchos casos tareas administrativas que debían ser desarrolladas por el órgano administrativo. Los presidentes de las administraciones locales, nacidos de la elección en asambleas partidistas en la localidad y con rendiciones de cuentas abiertas al pueblo, no perduraron con este diseño, no se auto-reprodujo, quedando en manos del primer secretario del PCC en la localidad la dirección de la Administración. Hay aquí una fusión de entidades — Partido, Estado y Administración —, además de confusión de funciones que marcaría el periodo posterior ya que el primero centró su atención y actuación en la esfera de la Administración, algo calificado como un error en el Informe al Primer Congreso del PCC.<sup>24</sup>

Esta tendencia a la concentración, centralización y confusión de funciones estuvo también condicionada por el sistema presupuestario establecido, altamente centralizado, como la sabia forma de acometer las transformaciones y la instrumentación de los programas sociales, acompañado de la falta de conciencia económica en los cuadros administrativos y la supresión de controles locales,<sup>25</sup> todo lo cual incidió en la concepción del municipio como ente local no descentralizado.

Las estructuras locales se entendieron como parte de una línea de mando y ejecución; criterio que no se abandonó del todo en ocasión del proceso de reestructuración e institucionalización estatal, que inició a nivel municipal con lo que se conoció como la experiencia de Matanzas; aquel laboratorio social para lograr formas dinámicas y estables de participación popular en la gestión sociopolítica que permitiesen acabar con las disfuncionalidades del aparato local.

### **1976, el diseño constitucional y sus limitaciones**

Los nuevos órganos del Poder Popular a nivel municipal rigieron su actividad conforme a los principios de electividad, renovabilidad, revocabilidad, centralismo democrático, unidad de poder y doble subordinación, y asentados en un modelo de país de dirección económica, planificación y propiedad centralizado. Funcionaron con este esquema durante 16 años, quedando básicamente ocupados de la administración de los recursos y la solución de los problemas comunales.

<sup>24</sup> Informe Central al Primer Congreso del PCC, citado p.108.

<sup>25</sup> *Ibidem* p. 102 y ss.

Con el diseño que consagraba el texto constitucional al amparo de los artículos 66 d y e, 101, 102 y 105 desaparecía formalmente lo que en la práctica había dejado de existir mucho antes, la autonomía municipal, como consecuencia ahora de la aplicación del principio del centralismo democrático; y se instituían pequeños niveles de descentralización expresados en la elección popular de los órganos de representación y dirección administrativa que se fundían. Con una mirada retrospectiva a este modelo no puede desconocerse que tuvo como propósito obtener una más directa vinculación de la dirección con la base, facilitar la rápida comunicación y conocimiento de los problemas, la toma de decisiones y el control de su ejecución entre otros.<sup>26</sup> Pero, ello se hizo sin potenciar una relativa descentralización administrativa a favor de los municipios, cosa que hubiese sido posible al amparo del texto constitucional, pues a cada órgano estatal se le reconoció, como principio, el desarrollo, dentro del marco de su competencia, de la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales,<sup>27</sup> o las competencias reconocidas a las Asambleas municipales, como órganos superiores locales de poder del Estado, investidas de la más alta autoridad para el ejercicio de las funciones estatales.<sup>28</sup> ¿No es este deber ser una expresión de descentralización administrativa?

¿Cómo conjugar esa superior autoridad en lo local con el centralismo democrático y la unidad de poder, como unidad de acción y mando? Los municipios podían diferir de su ente intermedio y vía instrumentación de los principios políticos establecer las consultas o reclamaciones ante ellos, pero no contra ellos, por lo que la previsión de la Ley no. 7 de 1976, Ley de Procedimiento civil y administrativo, en cuanto a la competencia de los Tribunales provinciales para conocer de las pretensiones contra las disposiciones de carácter general emanadas de los Comités Ejecutivos provinciales,<sup>29</sup> que eran los órganos de dirección permanentes en ese entonces, no significó la posibilidad de que pudiese ser el municipio el promoverlo. No se previó a favor de los municipios tampoco la facultad de interesar ante el Organismo de la Administración provincial o nacional la

<sup>26</sup> Resolución sobre el perfeccionamiento de la división político administrativa del país (proyecto). Tercer congreso del PCC. Talleres del CC-PCC, enero 1986; p. 3

<sup>27</sup> Ver Constitución de la República de 1976, artículo 66 ch).

<sup>28</sup> Ver Constitución de la República de 1976, artículos 101 y 102.

<sup>29</sup> Ver Ley Procedimiento civil, administrativo y laboral, no.7 de 1976, artículos 662 y 663.

revisión de normas que, a criterio municipal, no se ajustasen a las disposiciones vigentes.<sup>30</sup>

Análisis posteriores, en 1986 en ocasión del Tercer Congreso del PCC, se refirieron básicamente a la división político administrativa del país, con fines de reorganización y de reagrupamiento de municipios para crear nuevamente niveles intermedios, los distritos, especialmente para las provincias orientales y camagüeyana a los efectos de facilitar el control en amplios territorios, pero no para ampliar las facultades administrativas municipales. En esta misma línea, valga mencionar la decisión —mediante la ley 56—<sup>31</sup> de crear los Consejos Populares en los núcleos poblacionales que no constituyesen cabeceras municipales y que fueren asentamientos importantes de habitantes; la finalidad era fortalecer al delegado como ente ejecutivo a fin de que pudiere realizar una mejor atención de los problemas comunales.

Los años siguientes, de crisis económica, mostraron con más fuerza los defectos del diseño inicial que confundía las funciones de representación, ejecución y administración, lo cual fue parcialmente solucionado con la modificación al texto constitucional de 1992.

Importantes análisis en pos del perfeccionamiento de los órganos locales del Poder Popular, y el municipio entre ellos, son los que se desarrollaron en torno al Llamamiento al IV Congreso del PCC y el Congreso mismo, en los que se abordaron aquellas disfuncionalidades que podían limitar las acciones de los órganos representativos locales, tales como la confusión entre las funciones representativas y administrativas. Atinadas propuestas de perfeccionamiento emergieron de esos debates, como la necesidad de libre selección de los dirigentes administrativos locales, los que ya no tendrían que ser representantes populares, sino designados por la Asamblea del Poder Popular local. Tales propuestas habrían de propiciar una mayor efectividad de las acciones de la administración local y un mejor control de la labor de sus integrantes.

### **1992. Un paso, pero poca descentralización y sin autonomía**

Como se ha sostenido, la centralización inicial de 1959-76, tuvo un cambio normativo con el reconocimiento constitucional de la

<sup>30</sup> El Reglamento de relaciones entre los Organismos de la Administración central del Estado y los órganos locales del Poder Popular, adoptado el 27 de mayo de 1977 por el Consejo de Ministros, consagra en su artículo 24, exclusivamente a favor de los Comités Ejecutivos Provinciales, la facultad de interesar ante el Organismo de la Administración en cuestión la revisión de las normas emanadas de éste que estime no se ajusten a las disposiciones legales vigentes.

<sup>31</sup> Ver Ley 56 de 4 de julio de 1986, Gaceta Oficial no. 5, de 7 de julio de 1986.

personalidad jurídica de los municipios como sociedades locales en 1992.<sup>32</sup> Emergían los municipios como los entes locales capaces para ejercer por sí sus derechos y asumir obligaciones, pudiendo desarrollar dentro del marco de su competencia la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales.<sup>33</sup> Se copiaba bastante de la fórmula de la letra del 40, en nuevas condiciones.

Era esta una reforma para el reconocimiento de la necesaria descentralización administrativa y autonomía local, aunque esta última no se expresara directamente, y se daban pasos hacia una flexibilización de los esquemas de dirección, que además reclamaban de la comprensión de que la relativa autonomía de gestión que el texto constitucional había previsto no provocaría lesiones en la unidad nacional ni política, sino que posibilitaría soluciones más ágiles, con recursos propios, de los acuciantes problemas locales.

Esta reforma de 1992, que amplió la base participativa del Estado cubano con el voto directo popular para elegir a todos los representantes; constitucionalizó la existencia de los Consejos Populares —como parte de la Asamblea Municipal— para la coordinación, control y fiscalización de las tareas de la economía, la producción y los servicios en la localidad; suprimió a su vez a los Comités Ejecutivos locales y diseñó órganos de Administración diferenciados y separados de los órganos de representación popular. Fue esta última la que permitió disminuir la confusión de funciones representativas y administrativas, aunque no se solucionó por cuanto conservó la identidad en la presidencia con el objetivo de lograr unidad de acción política.

Los niveles de descentralización han estado bastante limitados y tampoco se instrumentó la autonomía local. Incoherencias prácticas y normativas subsisten: aun cuando fue suprimido el principio de doble subordinación en el texto constitucional, se estipuló en la misma Ley que los órganos administrativos locales se rigieran tanto por las disposiciones de los órganos superiores de la Administración Pública como por las adoptadas por las Asambleas del Poder Popular que los constituían,<sup>34</sup> ¿no es esto doble subordinación?

<sup>32</sup> Constitución de la República de Cuba, ref. en 1992, artículo 103.

<sup>33</sup> Constitución de la República, ref. en 1992, artículo 68, inciso ch).

<sup>34</sup> Ver Constitución de la República, ref. 1992, artículo 109: Las entidades que se organizan para la satisfacción de las necesidades locales a fin de cumplir sus objetivos específicos, se rigen por las leyes, decretos leyes y decretos; por acuerdos del Consejo de Ministros; por disposiciones que dicten los jefes de los organismos de la Administración Central del Estado en asuntos de su competencia, que sean de interés general y que requieran ser regulados nacionalmente; y por los acuerdos de los órganos locales a los que se subordinan.

Asimismo, vale tener en cuenta que la creación de los Consejos Populares en el ámbito territorial de un municipio no es facultad suya, sino que solo lo proponen y la aprobación corresponde a la Asamblea Provincial,<sup>35</sup> o que aun cuando se hubiere previsto que el municipio estaba facultado para aprobar su presupuesto, no lo elaboraba; o también que le correspondía a la Asamblea Provincial aprobar y controlar la ejecución del presupuesto de ingresos y gastos de su territorio.<sup>36</sup> Aquí también vale preguntar si tales regulaciones no limitan la descentralización.

El Reglamento de la Asamblea Municipal<sup>37</sup> sigue la misma línea constitucional de reconocer el municipio como sociedad local y en él se aprecia incluso la posibilidad de reclamación ante el órgano superior respecto a las normativas adoptadas por el segundo,<sup>38</sup> pero de manera contraproducente el Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros que regula la organización y funcionamiento de los Consejos de Administración<sup>39</sup> postula intervención central y rendición de cuentas al superior, lo que muestra la pervivencia de centralización administrativo-económica y política.

Si bien la reforma del 2002 no significó cambios en el ámbito municipal, preservándose este estado de cosas, la instrumentación

<sup>35</sup> Ver Constitución de la República, ref. 1992, artículo 105,i).

<sup>36</sup> Ver Constitución de la República, ref. 1992, artículos 106, j) y 105, b) respectivamente.

<sup>37</sup> Ver Reglamento de las Asambleas Municipales del Poder Popular (aprobado por acuerdo del Consejo de Estado de 13 de septiembre de 1995)

<sup>38</sup> Reglamento de las AMPP, cit, artículo 7. Dentro de los límites de su competencia, la Asamblea Municipal del Poder Popular tiene las atribuciones siguientes: g) revocar o modificar los acuerdos y disposiciones de los órganos o autoridades subordinadas a ella, que infrinjan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos, resoluciones y otras disposiciones dictados por los órganos superiores del estado o que afecten los intereses de la comunidad, de otros territorios, o los generales del país, o proponer su revocación al Consejo de Ministros, cuando hayan sido adoptados en función de facultades delegadas por los Organismos de Administración Central del Estado; [...].

<sup>39</sup> Ver Acuerdo 6176 de 13 de noviembre del 2007, Reglamento de las Administraciones locales del Poder Popular, art. 13. El Consejo de la Administración tiene las atribuciones siguientes: 3) Proponer al Ministerio de Economía y Planificación la creación, fusión y extinción de entidades administrativas, económicas, de producción y servicios de subordinación local que dirige y controla; 6) Controlar las plantillas de los cargos administrativos de las entidades subordinadas, conforme a la política que fije el Consejo de Ministros, ajustándose al presupuesto aprobado por la Asamblea del Poder Popular correspondiente; 10) Rendir cuenta, al menos una vez al año, por intermedio de su Presidente, a la respectiva Asamblea del Poder Popular sobre los temas que esta decida; y a los Órganos Superiores de la Administración: al Consejo de la Administración Provincial, en el caso de los Consejos Municipales.



de los Lineamientos de la Política Económica y Social del PCC, adoptados en el VI Congreso del PCC, a partir del 2011, sí han obligado a una nueva revaloración de las relaciones entre la base y el centro de toma de decisiones, y en la base en sí misma. Se defiende descentralización empresarial, de gestión económica y financiera, y autonomía solo de los productores.<sup>40</sup> En síntesis, no está concebida la descentralización administrativa, y menos la autonomía del ente municipal, aunque esto último corresponde perfeccionarse en ocasión de la reforma constitucional.

Por otra parte, se instrumenta aún, acordado por el VI Congreso del PCC<sup>41</sup> y por la Asamblea Nacional del Poder Popular, una experiencia en las recién creadas provincias de Mayabeque y Artemisa. Se separan claramente las funciones estatales de las empresariales, así como la dirección de los órganos de representación y los de administración, ahora con titulares diferentes. La previsión de los órganos de dirección administrativo local, también a nivel de municipio, su organización y funcionamiento, así como la determinación de los niveles de competencias en las esferas propias para cada eslabón de la división político administrativa se consagraron en el Decreto 301 del 2012.<sup>42</sup> No obstante, se observan limitaciones técnicas, como es el caso de la denominada autoridad funcional de los órganos administrativos provinciales respecto a los municipales, la autoridad metodológica o directa,<sup>43</sup> muestra de que aún no hay una clara percepción de ese paso necesario para alcanzar, al menos, la descentralización administrativa.

<sup>40</sup> Ver Lineamientos de la Política Económica y Social del PCC, no. (21) tributación empresarial al territorio donde están enclavadas las entidades económicas para contribuir al desarrollo, pero fijado centralmente; (37) estímulo de proyectos locales, mini-industrias y servicios para asegurar el autoabastecimiento municipal, bajo el principio de autosustentabilidad financiera; (121) descentralización del plan de inversiones, aprobables por órganos locales; (179) descentralización del sistema de gestión económica y financiera; (178) autonomía de los productores, con un nuevo modelo de gestión económica, y pasos hacia una gradual descentralización hacia los gobiernos locales; (179) autonomía de gestión de las cooperativas.

<sup>41</sup> Ver Resolución sobre el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular, el Sistema Electoral y la División Político Administrativa, 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/>

<sup>42</sup> Decreto «Sobre las funciones estatales y de gobierno que se ejercen y cumplen en las provincias y municipios objeto del experimento autorizado a realizar en sus respectivos territorios», GO de 5 de nov. 2012.

<sup>43</sup> Ver D. 301 de 2012, art. 18. Los órganos de dirección de las administraciones provinciales ejercen autoridad funcional [...], sobre los órganos de dirección de las administraciones municipales para: a) el cumplimiento de las políticas, planes

### ¿Qué se necesita?

Revalorar las definiciones actuales sobre los órganos locales, en especial respecto al Municipio no solo en cuanto a organización, participación popular cierta y efectiva, comprometida y consciente en la toma de decisiones, ejecución y control, sino también en cuanto a la capacidad económica de la localidad para emplear y captar recursos para el desarrollo local.

La diferenciación entre los titulares de los órganos locales es también una necesidad, pero debe evitarse que tal separación empodere a la Administración frente al representante popular y al pueblo mismo; no debe obviarse que la Administración local existe, como todas, para brindar servicios públicos, para asegurar el bienestar colectivo y no para ser servidos, por lo que debe establecerse una clara delimitación de competencias entre órganos de representación y de administración. Hay que evitar, además, que se constituyan dos focos de poder en la localidad. De tal suerte, sigo sosteniendo que sea el Presidente con la Asamblea Municipal, quienes designen, controlen y destituyan al funcionario que asumirá las funciones de dirección de la administración local.

Imprescindible armonizar el presente proceso descentralizador económico con la unidad de los fines estatales, debiendo tener en cuenta que para el logro de esa concordia, las relaciones funcionales que se desarrollen entre los órganos superiores y locales deben garantizar la unidad estatal mediante disposiciones generales, pero lejos de limitar, han de estimular la iniciativa y responsabilidad de los órganos locales en un actuar.<sup>44</sup> Pero, asimismo, debe quedar claro que la descentralización necesaria es la administrativa, y que ello no afecta la unidad, sino que acerca la base a la toma de decisiones y el control de manera directa, a la vez que limita las posibilidades funcionariales de vaciar las arcas públicas o de mal administrar, lo que es posible si el control se realiza en sentido múltiple e intervienen diversos sujetos en correspondencia de un diseño armónico, pensado para asegurar lo general y lo particular, el bienestar colectivo y el individual.

y programas aprobados por los órganos superiores del Estado y el Gobierno, c) rendición de cuentas de la Administración municipal a la provincial, d) el control de la administración provincial sobre los actos de la administración municipal y artículo 24 para las restantes expresiones.

---

<sup>44</sup> L. PÉREZ HERNÁNDEZ y M. PRIETO VALDÉS: «Informe final de Investigación sobre los Municipios», Universidad de La Habana, 1996 (inédito).

Deben explotarse las potencialidades municipales para conformar una hacienda sólida, que le permitan afrontar y solucionar los reclamos y mandatos de los residentes en el municipio, todo lo cual propiciará, además del desarrollo conforme a las características propias de cada localidad, la credibilidad en las instituciones locales.

Hay que lograr diferenciar el control de los órganos locales sobre las entidades que emplean o administran bienes estatales — las tierras entregadas en usufructo o arrendamiento, los locales arrendados a entes privados o cooperativas para servicios, transporte, y otros — bajo fórmulas de gestión compartida, contratos o concesiones pues la propiedad sigue siendo estatal, de aquellas que emplean bienes colectivos no estatales o privados, las cuales deben ser objeto de clara regulación, para asegurar la línea de su desarrollo y la tributación, pero que no desestimulen o frenen la actividad.

Es necesario asegurar constitucionalmente el principio de autonomía municipal expresamente, así como las competencias propias del municipio en la esfera administrativa, financiera, su hacienda y propiedades, como parte del todo estatal, de manera tal que no se piense en el municipio como órgano meramente administrativo, como delegación de los órganos de poder superiores, con más o menos descentralización.

Como expresión del sometimiento de los Municipios a la legalidad es prudente la adopción de la Ley de los Municipios —en ciernes desde los primeros años de la década del 90—; y que a través de ella se delimiten las competencias —en las esferas de los servicios, administrativas y económicas locales—, las atribuciones de los órganos a este nivel para su inserción armónica en el entramado estatal, se definan sus facultades normativas con mucha más técnica jurídica que hasta el presente —incluyendo clara denominación de la disposición, proceder para su adopción, publicidad y rango—, junto a la previsión de responsabilidad y sanción, si fuere necesario, para los infractores de las reglas o comisores conductas nocivas a la sociedad. No deben olvidarse los mecanismos de reclamación, tanto para asegurar la realización de sus competencias propias, como para los administrados frente a lesiones que sus funcionarios o empleados puedan generar. Se requerirá, por tanto, que la Constitución de la República, sus principios y reglas relativos a la organización del poder y en especial la local, se asuma por todos y en todo momento como normatividad superior y se establezcan los procesos judiciales a fin de que la ciudadanía pueda exigir del municipio y de los demás niveles el cumplimiento de lo que a cada uno compete.

De igual manera es necesario que se estipule tanto en el magno texto, como en Ley Orgánica, la obligación de los directivos municipales, de representación y de administración, de informar a la población de planes, programas, medidas y decisiones, así como los mecanismos de control a que esta sociedad local ha de sujetarse, ya político-representativo, administrativo, y en especial el popular, sea a instancias de parte afectada como en defensa de los intereses colectivos, así como la obligación de celebración de las sesiones de la Asamblea Municipal de manera pública ad integrum, salvo cuestiones de seguridad nacional.

Sería prudente pensar en un Código de la Función administrativa, en el que se estipulen derechos, deberes, obligaciones, la responsabilidad y las medidas contravencionales de posible aplicación.

### **Idea final**

Propuestas, hay disímiles y otras habrá. Y, si bien es cierto que no hay un único modelo de municipios, el que se adopte, siempre deberá asegurar la supremacía de la participación popular directa en la toma de decisiones, la ejecución y el control a fin de completar esa noción de Poder Popular, que no se expresa solo a través de la representación. El modelo de municipio que se adopte no debe desconocer, ni su autonomía ni la exigencia de participación ciudadana directa en la gestión y control de los asuntos locales.

## **El Derecho de Asociación en Cooperativas. Probables Contribuciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano para Cuba**

Orestes RODRÍGUEZ MUSA\*

Es bien conocido —y sin embargo nunca ocioso reiterarlo— el valor supra ordenador de la Constitución. Los valores y principios constitucionales definen las bases para el funcionamiento de la sociedad. Las disposiciones normativas en ella contenidas —expresión de la voluntad Constituyente—, poseen una jerarquía suprema, en tanto debe fungir como programa de desarrollo para conseguir el ordenamiento jurídico y político al que se aspira; como límite al ejercicio del poder y de los individuos; como instrumento de control para garantizar su eficacia; y como garantía superior de estabilidad y seguridad jurídica de las relaciones sociales que organiza.<sup>1</sup>

Por estas razones, constituye una lógica aspiración para el movimiento cooperativo moderno que su doctrina encuentre sitio apropiado en las leyes fundamentales. Sin embargo, para la realización de este objetivo no basta con el mero mandato constitucional de que el Estado reconozca y/o fomente las cooperativas (lo cual es cada vez menos extraño); sino más bien se requiere que el magno texto garantice el derecho de asociación en cooperativas organizando para la figura un ambiente socioeconómico y jurídico-institucional consecuente con su identidad.

Por su parte, la Constitución cubana, influida por el socialismo real, instrumenta un sistema económico superado —en gran medida— por la historia, lo que unido a un manejo reduccionista de la cooperativa, obstaculiza el ejercicio óptimo de este derecho.

\*Profesor de Derecho Constitucional y de Introducción al Derecho de Cooperativas en el Departamento de Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, Universidad de Pinar del Río, Cuba. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (2006) y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la propia institución (2010). Investigador del Centro de Estudios de Desarrollo Cooperativo y Comunitario (CEDECOM) adscrito a la Universidad de Pinar del Río, Cuba e investigador de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo (AIDC) con sede en la Universidad de Deusto, España.

<sup>1</sup> M. PRIETO VALDÉS: «Las Funciones de la Constitución», *Revista Jurídica*, año 5, no. 9, enero-junio 2005, MINJUS, La Habana, pp. 38-46.

En contraste, los textos constitucionales latinoamericanos de más reciente factura emplean, para estimular el cooperativismo, fórmulas jurídicas de avanzada. Estos elementos novedosos desde el punto de vista técnico, son resultado de procesos políticos inclusivos, humanistas y revolucionarios que aconsejan su estudio ante el inminente proceso de actualización del texto constitucional cubano.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es sistematizar los rasgos jurídicos que caracterizan la regulación del derecho de asociación en cooperativas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano y que, en este sentido, podrían contribuir al perfeccionamiento del magno texto cubano. Para ello se comenzará explicando el origen histórico y las tendencias de la constitucionalización del derecho de asociación en cooperativas, así como los aspectos que — a consideración del autor — le ofrecen sustento. Sobre esta base se valorarán las limitaciones al derecho de asociación en cooperativas en la Constitución socialista cubana para, finalmente, identificar en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los elementos jurídicos que podrían contribuir a su perfeccionamiento.

### **La constitucionalización de la cooperativa: origen, tendencias y requerimientos**

La relevancia jurídico-constitucional del cooperativismo resulta palpable solo cuando los trabajadores, que habían encontrado en la cooperativa una alternativa al sistema capitalista, conquistan el poder político — o al menos influyen en él de forma decisiva — y consiguen constitucionalizar sus intereses de clase.

Por tanto, el punto de encuentro entre ambas doctrinas se ubica — como regla — en los albores del siglo xx con el nacimiento del llamado constitucionalismo social que, a diferencia del constitucionalismo liberal originario, le interesa ya no solo establecer las bases de la organización política de los estados, sino además delimitar los principios rectores de un sistema socioeconómico que aspira a la distribución equilibrada de la riqueza económica y a la justicia social.

En este sentido, pueden distinguirse dos tendencias fundamentales dentro de la segunda generación de constituciones: «la de los países socialistas en los que el cooperativismo representa un instrumento complementario a los fines de la construcción del socialismo estatal; y la de los demás países en los que el cooperativismo se considera un elemento importante para lograr el bienestar

de la población [...]»,<sup>2</sup> aunque coexistiendo con la propiedad privada sobre los medios de producción.

Con independencia del régimen político contemplado, lo cierto es que desde la Constitución mexicana de 1917,<sup>3</sup> reconocida como la iniciadora de esta corriente en el mundo, la mayoría de los textos fundamentales influidos por el constitucionalismo social, incluyen disposiciones que ponderan – de diferente manera y en diferente medida – a las cooperativas, como justo reconocimiento a una alternativa capaz de desempeñar un rol importante en el desarrollo integral de los pueblos.

Sin embargo, alertaba ORTIZ MERCADO en el III Congreso Continental de Derecho Cooperativo (Rosario, Argentina, 1986):

[...] los textos constitucionales no deben limitarse a la tolerancia del Cooperativismo, deben ser normas que abran brechas para dar opción a la propuesta socio-política y económica que constituye la Cooperación, [para lo cual] las normas jurídicas constitucionales deben reconocer la existencia y funcionamiento del Cooperativismo como un sector o como un sistema total, [de tal manera] que el contenido normativo de la Constitución busque que el Cooperativismo vaya más allá de las brechas filosóficas y logre, en el plano del pluralismo político y económico, su rol fundamental de cambio social.<sup>4</sup>

Ante estas justas aspiraciones, nos corresponde a los juristas advertir que la norma constitucional, a diferencia de la norma ordinaria, no puede contener una regulación exhaustiva de cada uno de los elementos que reconoce. El amplio alcance y la generalidad de estas normas (cada día mayor) le exigen ser capaces de captar y expresar con mínimos, la esencia de los fenómenos y su lugar al interior del sistema de relaciones sociales. Por tanto, su redacción técnico-jurídica ha de ser exquisita, ostentando la amplitud y abstracción necesarias. De igual forma, debe orientar al poder constituido para garantizar la funcionabilidad de su contenido, mostrando los objetivos hacia los cuales dirigirse y los márgenes por dónde debe transitar.

<sup>2</sup> C. TORRES Y TORRES LARA: «Las constituciones y el cooperativismo» en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, p. 60.

<sup>3</sup> Esta Constitución enarbó en su texto original «[...] la utilidad social de las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores [...]» (artículo 123, A, XXX).

<sup>4</sup> R. ORTIZ MERCADO: «Valoración Constitucional del Cooperativismo» en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, pp. 49 y 50.

Sobre esta base y desde una perspectiva estrictamente jurídica, considera el autor que la constitucionalización del cooperativismo debe dirigirse esencialmente hacia los siguientes aspectos:

a) Garantizar el derecho a la libre asociación en cooperativas

La mera inclusión de este derecho entre el catálogo de aquellos que la Constitución acoge, operará como garantía de realización de la plenitud de las facultades individuales ante la inacción del legislativo en la aprobación de leyes complementarias o ante la obsolescencia de estas, lo cual ya posee por sí solo un valor considerable.<sup>5</sup>

En tal sentido se ha dicho que «[...] al reconocerse en las Constituciones el derecho de asociación en general, también se reconoce el hacerlo en cooperativas u otras empresas de economía social, siempre que sean lícitas».<sup>6</sup> Sin embargo sería insuficiente la mención de la tradicional asociación civil o de la genérica libertad de empresa, en tanto la cooperativa supera —por su complejidad, integralidad y contenido axiológico— estas manifestaciones. Por consiguiente, su ejercicio efectivo y defensa apropiada merece —primero— de un reconocimiento específico en la Constitución<sup>7</sup> y de un posterior desarrollo legal especial.

b) Concebir la naturaleza jurídica de la cooperativa como reflejo de su identidad.

En este sentido, advierte GARCÍA-MÜLLER que «lo más corriente es que la Constitución considere la empresa social de manera genérica, bien sea como una asociación o una sociedad, o, como una forma empresarial propia o específica, por ejemplo, como meramente “cooperativa” sin darle otra connotación».<sup>8</sup>

Pero puede que sea este el principal reto del constituyente, pues una correcta determinación de la naturaleza jurídica de una institución nos permite no solo delimitar el régimen jurídico aplicable a ella (normas principales y supletorias a aplicar, fuentes para su elaboración, registro, competencia judicial, etcétera), sino además garantizar que su funcionabilidad sea coherente con su esencia. Sin

<sup>5</sup> M. PRIETO VALDÉS: Ob. cit., p. 43.

<sup>6</sup> A. GARCÍA MÜLLER: *Instituciones de Derecho Cooperativo, Social, Solidario o de Participación*; Mérida, 2006, p. 99

<sup>7</sup> G. A. BLANCO Y E. M. TOZZINI: «Inserción constitucional del Derecho Cooperativo en la futura reforma constitucional» en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, p. 17.

<sup>8</sup> A. GARCÍA MÜLLER: Ob. cit., p. 100. También en este sentido ver E. GADEA; F. SACRISTÁN Y C. VARGAS: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma*, Editorial Dykiston, Madrid, 2009, pp. 70-83.



embargo, cuando de cooperativas se trata, el asunto sigue siendo muy debatido, en tanto la flexibilidad de los principios cooperativos propicia que la doctrina, el legislador y la jurisprudencia realicen una tipificación partidista del fenómeno.<sup>9</sup> De ahí la importancia de que el constituyente asuma y replique la responsabilidad de entender jurídicamente la figura sin las acostumbradas reducciones o tergiversaciones que laceran su identidad.<sup>10</sup>

c) Estructurar un ambiente propicio para el desarrollo del cooperativismo.

A lo externo, la cooperativa solo puede conseguir su plena realización si encuentra un ambiente socioeconómico, político, jurídico e institucional coherente con su identidad. Por consiguiente, es menester que la Constitución aporte las pautas suficientes para garantizarlo.

En tal sentido, resulta común que se insista en la delimitación de las relaciones de la cooperativa con el Estado, bien para asegurar la no interferencia estatal en el funcionamiento de las primeras o para exigir al segundo un trato preferente (legislativo, financiero, asistencial, tributario, etcétera) hacia aquellas. A criterio del autor, esta fórmula resulta obsoleta por insuficiente.

Sin desconocer que la heterogeneidad de contextos podría determinar matices, necesario es que en los diseños constitucionales en los que se desee potenciar el desarrollo cooperativo, se configure un ambiente socioeconómico e institucional más sistémico y dialéctico entre sus componentes.

En este sentido, las posturas más avanzadas aconsejan la implementación constitucional de un sector social o tercer sector de la economía, que mediante valores y principios propios supere la estéril separación entre lo público y lo privado. De esta forma podría garantizarse a las cooperativas un espacio adecuado tanto para el ejercicio de su autonomía como para el cumplimiento de sus responsabilidades sociales.

Con base en estos aspectos, analicemos a continuación la regulación del derecho a asociarse en cooperativas en la Constitución cubana vigente.

<sup>9</sup> O. RODRÍGUEZ MUSA: *La cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional además del agropecuario*, Editorial Dikinson S.L., Madrid, 2012, pp. 33-41.

<sup>10</sup> M. SÁNCHEZ MORALES: «Valoración constitucional del cooperativismo», en *Derecho Cooperativo. Anales del III Congreso Continental de Derecho Cooperativo*, Intercoop, Rosario, 1987, pp. 53-58.

## Limitaciones del derecho de asociación en cooperativas en la Constitución socialista cubana

En Cuba, el primer antecedente constitucional de la figura se encuentra en el texto de 1940, que influido por el constitucionalismo social la contempló como forma de empresa<sup>11</sup> alternativa a las tradicionales (públicas y privadas) y como fuente de empleo en función del desarrollo local.<sup>12</sup> Sin embargo, no se define como fenómeno asociativo en ninguna de sus manifestaciones, dejando el constituyente amplias prerrogativas a los poderes públicos para la concreción de su naturaleza jurídica y de su enrumbamiento social, lo que unido a la falta de voluntad política para garantizar el adecuado impulso de los mandatos constitucionales, dificultó el desarrollo del sector.

Después del triunfo revolucionario de 1959 la fórmula constitucional del 40 se preservó en la Ley Fundamental, pero la tendencia práctica y legal en la conformación de empresas rápidamente se inclinó hacia la forma estatal.

En consonancia con lo anterior, el texto constitucional socialista de 1976 copió —en gran medida— el modelo económico soviético, donde la concepción e instrumentación de la cooperativa se hallaba afectada por un fuerte reduccionismo economicista. Este factor —entre otros— trajo consigo que el derecho de asociación en cooperativas presente —aún— un grupo de limitaciones jurídicas para su realización efectiva. Valoremos a continuación esta regulación, siguiendo las premisas fijadas en el epígrafe anterior.

a) El derecho de asociarse en cooperativas solo se reconoce a los agricultores pequeños y no a otros sectores del pueblo trabajador

Este factor —entre otros— ha traído consigo que con la aprobación del texto constitucional socialista el desarrollo legal y práctico de la cooperativa en Cuba se haya constreñido al sector agropecuario de la economía. Pero, si bien en 1976 podía resultar contradictorio el reconocimiento constitucional del derecho de asociarse en cooperativas a otros trabajadores diferentes a los agricultores

<sup>11</sup> Resalta lo adelantado de considerar a la cooperativa como empresa, teniendo en cuenta que la ACI lo hace por primera vez en 1995, con lo cual se manifiesta la diáfana intención constituyente de apartar a las cooperativas de las entidades caritativas o benéficas.

<sup>12</sup> A. M. LEZCANO Y MAZÓN: *Constitución de Cuba* (con los debates sobre su articulado y transitorias, en la Convención Constituyente), t. II, Ed. Cultural, La Habana, pp. 732-734.

pequeños, dado el hecho de que los primeros, a diferencia de los segundos, no contaban con medios de producción de propiedad individual, esta lógica es hoy es un contrasentido, pues los medios e instrumentos de trabajo que la Constitución cubana reconoce en su artículo 21, como parte de la propiedad personal, se han convertido —a través del recién potenciado trabajo por cuenta propia—<sup>13</sup> en genuinos medios de producción.

Además, la forma cooperada de gestión puede instrumentarse conservando la propiedad estatal sobre los medios fundamentales de producción y cediendo su uso y disfrute a los trabajadores, tal como sucedió con las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, implementadas por el Decreto Ley 142 de 20 de septiembre de 1993, a través de las cuales se convirtió a los obreros agrícolas en usufructuarios de la tierra estatal y propietarios del resto de los medios de producción necesarios para su explotación.<sup>14</sup>

Por tanto, las razones políticas, socioeconómicas y jurídicas que originalmente aconsejaron el reconocimiento constitucional del derecho de asociarse en cooperativas a los campesinos, pueden valer —con igual fuerza— para otros sectores populares. A estas razones se suman las que impone el nuevo contexto nacional, caracterizado por la disponibilidad de trabajadores resultado de la descongestión del sector estatal<sup>15</sup> (entre los que comúnmente prima

<sup>13</sup> En consonancia con los cambios que viene realizando el país en su modelo económico, se han publicado recientemente en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, varias disposiciones jurídicas encaminadas a propiciar la ampliación de esta modalidad de trabajo. En tal sentido, el Decreto-Ley no. 141 del 8 de septiembre de 1993 «Sobre el ejercicio del trabajo por cuenta propia», hasta entonces complementado por la Resolución no. 9 del 11 de marzo de 2005, del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, «Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia», pasa a ser desarrollado por la Resolución no. 32 del 7 de octubre de 2010, emanada del propio Ministerio y contentiva de un nuevo reglamento —del mismo nombre— que define taxativamente 178 actividades (60 más que su predecesor) que pueden ser realizadas al amparo de estas disposiciones jurídicas. Resalta también en este sentido, en materia de transporte, la Resolución no. 399 del 7 de octubre de 2010, del Ministerio del Transporte, «Reglamento de la licencia de operación de transporte para personas naturales» (que deja sin efecto la Resolución no. 73, del 22 de abril de 2005, «Reglamento de la Licencia de Operación del Transporte»), la cual establece el procedimiento para otorgar la Licencia de Operación de Transporte a personas naturales, para poder prestar servicios del transporte terrestre, marítimo y fluvial en el territorio nacional o en sus aguas jurisdiccionales, tanto de pasajeros como de cargas. Ver Gaceta Oficial no. 011 Ext. Especial de 1ro. de octubre de 2010 y Gaceta Oficial no. 012 Ext. Especial de 8 de octubre de 2010.

<sup>14</sup> L. A. FERNÁNDEZ PEISO: *La cooperativa. Bases para su legislación en Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2012, pp. 89 y ss.

<sup>15</sup> Las proyecciones de la economía para el periodo 2011-2015 previeron en el Plan del año 2011, la reducción de más de 500 000 trabajadores en el sector estatal,

el desasosiego, el aislamiento y la falta de pericia) y la flexibilización del trabajo por cuenta propia (que al incluir la contratación de mano de obra entre particulares, genera relaciones de dominación).

b) Se reduce la naturaleza jurídica de la cooperativa a forma de propiedad

El constituyente cubano de 1976, para concebir la cooperativa también bebió del ordenamiento jurídico soviético. Por ello se debe recordar que el Derecho que guió los pasos del socialismo real fue resultado de una fuerte lucha de clase contra la propiedad privada sobre los medios de producción, en pos de la apropiación de estos por obreros y campesinos; donde la fórmula legal para conseguirlos fue la proclamación del predominio casi absoluto —dependiendo del contexto histórico y geográfico del que se tratare— de la propiedad social socialista, expresada en la propiedad estatal y en la propiedad cooperativa.

Este proceso de confrontación política tuvo alta incidencia para el campo de las Ciencias Jurídicas de otrora, en las que se confundieron categorías de la Economía y el Derecho para dar paso a la concepción que define a la cooperativa como una forma de propiedad, llevada al ordenamiento jurídico cubano a partir del 24 de febrero de 1976 con la proclamación del texto constitucional socialista, que en su artículo 20 determina que: «Esta propiedad cooperativa es reconocida por el Estado [...]».

Si bien la cooperativa es —también— una manifestación de la propiedad, a consideración del autor esta manera de entenderla resulta reduccionista, pues pondera las facultades de administrar, poseer, usar y disponer de los bienes de su propiedad en detrimento de su importante valor asociativo, de alto contenido social y democrático.<sup>16</sup>

c) El sistema económico establecido no propicia un ambiente institucional propicio para el ejercicio efectivo de esta forma asociativa

La Constitución cubana vigente se inspira en una historia, unos valores y unos principios que definen su esencia socialista.

donde el exceso de plazas sobrepasa el millón. Ver CENTRAL DE TRABAJADORES DE CUBA: Pronunciamiento del 13 de septiembre 2010, en: [www.cubadebate.cu/noticias/2010/09/13/reducira-cuba-medio-millon-de-plazas-en-el-sector-estatal](http://www.cubadebate.cu/noticias/2010/09/13/reducira-cuba-medio-millon-de-plazas-en-el-sector-estatal) (consultado el 28 de octubre de 2010).

---

<sup>16</sup> Ver Artículo 20 de la Constitución socialista cubana (actualizada).

Este contenido, en materia socioeconómica, está determinado por postulados que establecen que «Cuba es un Estado socialista de trabajadores, organizado con todos y para el bien de todos, para el disfrute de la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana» (art. 1), máxima que tiene un origen histórico en «los obreros, campesinos, estudiantes e intelectuales que lucharon durante más de cincuenta años contra el dominio imperialista, la corrupción política, la falta de derechos y libertades populares, el desempleo y la explotación impuesta por capitalistas y terratenientes» (Preámbulo). A tono con ello, se constitucionalizan como aspiraciones las de conseguir «[...] la supresión de la explotación del hombre por el hombre [...]» y la de alcanzar una distribución eficaz de la riqueza conforme al principio de distribución «[...]de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo [...]» (art. 14). A todo lo anterior se une el reconocimiento del derecho-deber fundamental al trabajo como «motivo de honor para cada ciudadano» (art. 45).

Visto así, es posible asegurar que el carácter socialista de la Constitución cubana es congruente con los valores y principios que promueve, defiende y practica el movimiento cooperativo. Sin embargo, no basta esta dimensión axiológica para considerar al sistema económico configurado como apropiado para la asociación en cooperativas.

En tal sentido vale recordar que se trata de un «sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción» (art. 14) y que esta propiedad se expresa —principalmente—<sup>17</sup> como «propiedad estatal socialista de todo el pueblo» (art. 15).

Unido a este papel rector de la propiedad estatal, que puede considerarse como necesario para garantizar el desarrollo económico sostenible del país y el aprovechamiento responsable de la riqueza nacional, aparecen un conjunto de facultades del Estado que refuerzan su papel en la economía. Tal es el caso de lo señalado en el artículo 16: «El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional conforme a un plan que garantice el desarrollo programado del país [...]»; en el artículo 17: «El Estado administra directamente los bienes que integran la

<sup>17</sup> El actual modelo constitucional cubano reconoce a la propiedad cooperativa como otra manifestación de la propiedad socialista, pero jugando un papel subsidiario con respecto a la estatal, en tanto la primera ha sido concebida, en el proceso de socialización de la propiedad, como un escalón intermedio entre la propiedad privada y la propiedad social socialista de todo el pueblo, que se ha identificado con la segunda. Ver F. ÁLVAREZ TABÍO: *Comentarios a la Constitución socialista cubana*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989, pp. 83-93.

propiedad socialista de todo el pueblo [...]»; y en el artículo 18: «El Estado dirige y controla el comercio exterior».

Esta configuración del sistema económico, más de una vez llevada a límites extremos por el legislador ordinario, ha traído consigo un sobredimensionamiento y excentricismo del desempeño del Estado en la economía que comienza a rectificarse con el proceso de actualización del modelo socioeconómico nacional. A partir de este proceso el Estado, omnipresente en la actividad empresarial del país, empieza a desprenderse de la gestión (no así de la disposición sobre los bienes de su propiedad) de actividades y estructuras en las que no ha logrado ser eficiente, para concentrarse en aquellas trascendentales para la economía.

A tono con ello, han comenzado a operar en el país otros sujetos económicos que no encuentran reconocimiento constitucional, pero de hecho su accionar es cada vez más importante. Tal es el caso de los trabajadores por cuenta propia,<sup>18</sup> en ocasiones devenidos en empresarios privados, en tanto la flexibilización de la regulación jurídica de su actividad, los faculta para contratar fuerza de trabajo asalariada; o de las cooperativas no agropecuarias para las que, con carácter experimental, se ha aprobado recientemente un marco legal propio.<sup>19</sup>

Con amparo en esta normativa destinada a las cooperativas no agropecuarias, que no refiere en ninguno de sus «POR CUANTO» al texto constitucional, para marzo de 2014 sumaban 498 las cooperativas que contaban con autorización administrativa para su constitución y 224 las ya constituidas en los sectores de gastronomía, construcción, transporte, industria, alimentación, energía y servicios contables.<sup>20</sup>

Sin embargo, en la sesión ordinaria siguiente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, desarrollada en el mes de julio de ese año, se analizaron varias de las dificultades en el funcionamiento de las cooperativas recién constituidas, entre las que resaltan: las

<sup>18</sup> Hasta mayo de 2014 se registran más de 467 mil personas acogidas a esta modalidad, cifra que se estima continuará incrementándose en el transcurso del año. Ver L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y Y. PUIG MENESES: «Insta Raúl al análisis crítico sobre la marcha de la implementación», Periódico *Trabajadores*, La Habana, 3 de marzo de 2014, pp. 4 y 5.

<sup>19</sup> Al finalizar el año 2012 entró en vigor, con carácter experimental, un paquete legal que contiene dos Decretos-leyes del Consejo de Estado (no. 305 y 306, del 15 y 17 de noviembre de 2012), un Decreto del Consejo de Ministros (no. 309, del 28 de noviembre de 2012), una Resolución del Ministro de Finanzas y Precios (no. 427/2012), y otra del de Economía y Planificación (no. 570/2012).

<sup>20</sup> L. MARTÍNEZ HERNÁNDEZ y Y. PUIG MENESES: «Insta Raúl al análisis...», ob. cit., pp. 4 y 5.

limitaciones para el establecimiento de contratos y de relaciones económico-financieras con las entidades estatales; exigencias no previstas en las normas jurídicas; escaso acceso a la compra mayorista de insumos; y el desconocimiento generalizado sobre el tema cooperativo.<sup>21</sup>

A estas incidencias pueden agregarse, a criterio del autor, la inexistencia en Cuba de una noción jurídico-institucional del cooperativismo como sistema autónomo con responsabilidades sociales; la ausencia de una legislación especial unificadora del sector cooperativo nacional, actualmente regulado por normas que lo fracturan entre lo agropecuario y lo no agropecuario; y la necesidad de un ente público encargado de diseñar e impulsar una política coherente de atención al movimiento.

Para superar estas dificultades y garantizar el buen rumbo de este definitorio proceso de transformaciones que hemos emprendido, se requiere –primero– el perfeccionamiento del texto constitucional, a fin de que pueda ocupar el lugar que le corresponde, aportando –al legislador ordinario– base y cima, cauce y límite.<sup>22</sup> Además ha de fomentar la Constitución, al definir y organizar las relaciones, objetivos y responsabilidades de los diferentes sujetos que se integran en el sistema económico, aquellos que, como las cooperativas, favorecen la realización del carácter socialista de sus fundamentos.<sup>23</sup>

Estudiemos entonces a continuación cómo se instrumenta la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, a fin de encontrar elementos que contribuyan al necesario perfeccionamiento de la regulación jurídica de la figura en el magno cuerpo jurídico cubano.

### **Peculiaridades de la regulación del derecho de asociación en cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano**

El inicio de siglo ha traído para la región latinoamericana nuevos procesos constituyentes que han dado lugar a lo que un sector de la doctrina del Derecho Constitucional reconoce como «nuevo constitucionalismo latinoamericano» y que engloba –con mayor

<sup>21</sup> Y. CASTRO; O. FONTICOPA y E. PALOMARES: «Cooperativas no agropecuarias. Las buenas y malas caras de una misma moneda», Periódico *Granma*, La Habana, 15 de agosto de 2014, pp. 4 y 5.

<sup>22</sup> M. PRIETO VALDÉS: «Las Funciones...», ob. cit., pp. 39 y 40.

<sup>23</sup> Máxime cuando el carácter socialista del sistema político, social y económico figura como irrevocable en los artículos 3 y 137 de la Constitución desde la reforma del año 2002.

coincidencia de criterios – los textos fundamentales de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

MARTÍNEZ DALMAU y VICIANO PASTOR al defender la existencia de este nuevo constitucionalismo, resaltan que la clave de su distinción reside en que «[...] centra su preocupación en la “legitimidad democrática de la Constitución” [...], dotándola de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución».<sup>24</sup>

Advierten, además, que si bien el nuevo constitucionalismo de la región «[...] carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional [...], también es cierto que existen unos rasgos comunes bastante bien definidos que permiten afirmar [...] que se trata de una corriente constitucional en período de conformación».<sup>25</sup>

A los efectos de este estudio, podrían enmarcarse dentro de estos rasgos comunes, las novedosas formas de participación popular introducidas que rebasan lo netamente político para llegar a lo social y económico; así como el hecho de que las constituciones económicas organizan sistemas de economía mixta donde el Estado comparte sus responsabilidades sociales con la iniciativa privada y los entes de la economía social.

Partiendo de estas premisas generales y teniendo en cuenta los aspectos jurídicos señalados *supra* a partir de los cuales debe concretarse la constitucionalización del cooperativismo, comparemos a continuación las particularidades que ofrecen las vigentes constituciones de Venezuela, Ecuador y Bolivia a la regulación del derecho de asociación en cooperativas, a fin de identificar elementos positivos comunes que pueden contribuir a superar las limitaciones que en este sentido presenta el texto constitucional socialista cubano.

#### a) Reconocimiento del derecho de asociación en cooperativas

<sup>24</sup> R. MARTÍNEZ DALMAU y R. VICIANO PASTOR: «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano», citados en P. SALAZAR UGARTE: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, p. 351, en: [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/22.pdf) (consultado en junio de 2014).

<sup>25</sup> R. MARTÍNEZ DALMAU y R. VICIANO PASTOR: *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*, p. 4, en: [www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf) (consultado en junio de 2014).



Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
<p>TÍTULO III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías; CAPÍTULO VII, De los Derechos Económicos</p> <p>«Artículo 118: Se reconoce el derecho de los trabajadores y de la comunidad para desarrollar asociaciones de carácter social y participativo, como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas».</p>	<p>TÍTULO II, Derechos; CAPÍTULO SEXTO, Derechos de libertad.</p> <p>«Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma [...] colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental».</p>	<p>TÍTULO II, Derechos fundamentales y garantías; CAPÍTULO QUINTO, Derechos sociales y económicos; SECCIÓN III, Derecho al trabajo y al empleo</p> <p>«Artículo 52. I. Se reconoce y garantiza el derecho a la libre asociación empresarial. II. El Estado garantizará el reconocimiento de la personalidad jurídica de [...] las formas democráticas organizativas empresariales, de acuerdo con sus propios estatutos [...]».</p>

En todo caso los artículos que se han identificado reconocen, como corresponde a la generalidad de una norma constitucional, un derecho que sobrepasa en amplitud las particularidades cooperativas extendiéndose a otras formas «asociativas», «colectivas» u «organizativas» para desarrollar la actividad económica o empresarial, pero que en todo caso encuentran en la unidad de esfuerzos la vía para alcanzar los resultados aspirados.

Como se observa en el cuadro comparativo, en el caso de la Constitución venezolana, se explicitan las cooperativas entre el grupo de figuras de «carácter social y participativo» a través de las cuales puede manifestarse el ejercicio de este derecho, lo que se complementa con los «[...]medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía[...] en lo social y económico [...]», taxativamente previstos por el artículo 70 de la propia Constitución que determina «[...] formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad [...]», donde también está contemplada la cooperativa.

Por su parte, las constituciones de Ecuador y Bolivia en este sentido no son tan nítidas, sino que utilizan formulaciones más genéricas. No obstante, es posible percatarse de la voluntad de ambos constituyentes de reconocer implícito el derecho subjetivo de asociarse en cooperativas cuando hablan de «desarrollar actividades económicas en forma colectiva» o de ejercer la «libre asociación empresarial», en tanto puede realizarse conforme a principios que resultan consustanciales a la figura: solidaridad, democracia, autonomía, responsabilidad social y ambiental, entre otros.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Esta última aseveración se corrobora cuando se utiliza un método sistémico en el estudio de ambos textos constitucionales, interpretando el artículo 66 de la

También se observa, cuando se analizan estos cuerpos constitucionales, que algunos resaltan en el derecho estudiado cierto contenido clasista, al ponderarse a los trabajadores entre sus titulares, en el caso de la Constitución venezolana en el citado artículo 118 y en la Constitución boliviana, en el apartado tercero del artículo 54 cuando proscribe que los trabajadores podrán reactivar y reorganizar empresas en proceso de quiebra, concurso o liquidación, cerradas o abandonadas de forma injustificada, conformando empresas sociales.

De esta forma el ejercicio del derecho de asociarse en cooperativas se convierte en una herramienta de los trabajadores para reivindicar su derecho a participar en la vida socioeconómica del país, disfrutando de sus beneficios y asumiendo las responsabilidades sociales que corresponden.

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que identifican el reconocimiento del derecho de asociación en cooperativas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los siguientes:

- . Se reconoce como manifestación concreta de un derecho más amplio de asociación para desarrollar la actividad empresarial.
- . Se promueve el ejercicio de este derecho con responsabilidad social.
- . Pondera a los trabajadores entre sus titulares, quienes hallan en la cooperativa un medio que favorece su efectiva participación en la vida socioeconómica del país.

### b) *Concepción de la naturaleza de la cooperativa*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
TÍTULO III, De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías; CAPÍTULO VII, De los Derechos Económicos.  «Artículo 118: [...] asociaciones de carácter social y participativo... La ley reconocerá las especificidades de estas organizaciones, en especial, las relativas al acto cooperativo, al trabajo asociado y su carácter generador de beneficios colectivos [...]».	TÍTULO VI, Régimen de desarrollo; CAPÍTULO SEXTO, Trabajo y Producción; SECCIÓN PRIMERA, Formas de organización de la producción y su gestión.  «Artículo 319: Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las [...] cooperativas [...] formas de producción que aseguren el buen vivir de la población [...]».	TÍTULO I, Organización económica del Estado; CAPÍTULO PRIMERO, Disposiciones Generales.  «Artículo 310: El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro [...]».

Constitución ecuatoriana en relación con el 319 y 321 del mismo texto; así como cuando se lee el artículo 52 (apartados I y II) de la Constitución boliviana, de cara al 55 y 310 de este cuerpo legal.

Al analizar los preceptos anteriores, se percibe que la naturaleza jurídica de la cooperativa no es un punto de encuentro entre voluntades constituyentes marcadas por contextos no siempre coincidentes. Además, al interior de un mismo texto fundamental pueden encontrarse normas imprecisas o ambiguas que complejizan el asunto.

La Constitución venezolana las concibe como «asociaciones», pero son conocidas las muchas variantes jurídicas que puede asumir el fenómeno asociativo.

Por su parte el constituyente ecuatoriano no se compromete en este sentido, mostrándose impreciso al concebirlas al interior de formulaciones genéricas que engloban diversas «formas de organización de la producción en la economía».

Por último, en el magno texto boliviano se prefiere potenciar la perspectiva laboralista de las cooperativas, al entenderlas como «formas de trabajo solidario y de cooperación sin fines de lucro». Sin embargo más adelante, cuando se refiere a sectores concretos de la economía en los que puede intervenir la cooperativa, como el de los servicios públicos o el de la minería, las concibe como «organizaciones de interés colectivo» (art. 335) o «sociedades» (art. 369.I) respectivamente. Estas ambigüedades no brindan la claridad requerida para garantizar un tratamiento jurídico coherente de la institución.

No obstante estas diferencias y dificultades, en los tres textos constitucionales analizados se aprecia la voluntad de concebir a la cooperativa como un ente de naturaleza asociativa que, aunque con fines diversos (participación popular, producción económica, asegurar el buen vivir, propiciar fuente de empleo, etcétera), tiende al realce de los beneficios sociales en sus medios y en sus resultados.

Además, se pondera la identidad cooperativa reconociéndose su existencia y atribuyéndole rasgos que la distinguen de las tradicionales empresas públicas y privadas, entre los que destacan su «carácter social y participativo»; el «acto [jurídico] cooperativo»; la «solidaridad»; la «cooperación»; los «beneficios colectivos»; la «[ausencia] de fines de lucro»; etcétera.<sup>27</sup> A todo ello el legislador ordinario, según exigen las propias constituciones, debe ofrecer un marco regulatorio afín.

<sup>27</sup> En este sentido destaca el artículo 55 de la Constitución boliviana que, después de reconocer un «sistema cooperativo», establece que este se sustenta en los principios de «solidaridad, igualdad, reciprocidad, equidad en la distribución, finalidad social, y no lucro de sus asociados».

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que caracterizan la concepción de la naturaleza de la cooperativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, los siguientes:

- . No existe uniformidad en la tipificación de la naturaleza jurídica de la institución.
- . Pese a lo anterior, en todo caso se reconoce su carácter asociativo, guiado por valores y principios que tienden a asegurar su proyección social.
- . Por tanto, alcanza a percibirse la voluntad constituyente de atribuirles una identidad propia que las distinga de las tradicionales formas de gestión económica.

c) *Ambiente para la realización del derecho de asociación en cooperativas*

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Constitución del Ecuador (2008)	Constitución de Bolivia (2009)
<p>TÍTULO VI, Del Sistema Socioeconómico; CAPÍTULO I, Del Régimen Socioeconómico y la Función del Estado en la Economía.</p> <p>«<b>Artículo 308:</b> El Estado protegerá y promoverá la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular. Se asegurará la capacitación, la asistencia técnica y el financiamiento oportuno».</p>	<p>TÍTULO VI, Régimen de Desarrollo; CAPÍTULO CUARTO, Soberanía Económica; SECCIÓN PRIMERA, Sistema Económico y Política Económica.</p> <p>«<b>Artículo 283:</b> El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios».</p>	<p>TÍTULO I, Organización Económica del Estado; CAPÍTULO PRIMERO, Disposiciones Generales.</p> <p>«<b>Artículo 306:</b> I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo».</p>

En el ambiente que configuran los textos constitucionales estudiados, se percibe un sistema socioeconómico complejo, que ordena las relaciones entre diversos entes de distinta naturaleza: públicos, privados, sociales, mixtos, etcétera. A estos sujetos, muchas veces contrapuestos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano les ha generado un clima de consenso y armonía en busca de «fortalecer el desarrollo económico del país», «mejorar la calidad de vida» y «posibilita[r] el buen vivir».

Como parte de este sistema se identifica también en la preceptiva analizada el tercer sector de la economía, reconocido por estos textos constitucionales como economía «popular», «solidaria» o «comunitaria», donde tiene el cooperativismo un lugar importante. A tono con ello define incluso la Constitución boliviana, en su artículo 55, un sistema cooperativo con principios propios.

Por último, se advierte en los textos constitucionales la tradicional voluntad constituyente de exigir al Estado la promoción y protección de las cooperativas.<sup>28</sup> Sin embargo, también en esta ocasión se confía en ellas para que asuman responsabilidades públicas, ya que se faculta a la Administración para concederles su gestión plena o compartida.

A tal fin, la Constitución venezolana exige, en su artículo 184, que la ley cree mecanismos para que el gobierno, a sus diferentes niveles territoriales, transfiera a las comunidades organizadas los servicios que gestione, estimulando las expresiones de la economía social, tales como las cooperativas.

Por su parte, el texto ecuatoriano dispone en su artículo 309 que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y popular y solidario, que intermedian recursos del público.

Por último el texto boliviano, después de reconocer en el artículo 20 que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, advierte en el segundo apartado que es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de estos servicios básicos, los que pueden prestarse a través de entidades públicas, pero también mixtas, cooperativas o comunitarias. De igual forma autoriza esta Constitución ofrecer concesiones administrativas a las cooperativas para la gestión de renglones tan importantes como el de los «recursos naturales estratégicos» (artículo 351), la «industria minera» (artículo 369), las «diferentes formas de energía y sus fuentes» (artículo 378), etcétera.

Preocupante sí es que de la relación estrecha que se produce entre las cooperativas y el Estado al concederse a las primeras la gestión de algunos servicios públicos del cual es titular el segundo, en ocasiones parece afectada la autonomía de las cooperativas. En este sentido resalta el artículo 335 de la Constitución boliviana

<sup>28</sup> Ver Artículos 118 y 308 de la Constitución venezolana; artículos 277, 311 y 319 de la Constitución ecuatoriana; y artículos 55, 330 y 336 de la Constitución boliviana.

que establece que «Las cooperativas de servicios públicos serán [...] sometidas a control gubernamental y [...] La elección de sus autoridades de administración y vigilancia será [...] supervisada por el Órgano Electoral Plurinacional [...]».

Sobre esta base cabe señalar, entre los elementos que identifican el ambiente para la realización del derecho de asociación en cooperativas en el nuevo constitucionalismo latinoamericano los que siguen:

- . Reconocimiento de un sistema económico mixto o plural donde se complementan diversas formas de gestión, entre ellas la cooperativa.
- . Articulación de la cooperativa como actora de un subsistema diferente a los tradicionales público y privado, caracterizado por valores y principios propios con alto contenido social.
- . Mandato constitucional al Estado para que, además de fomentar las cooperativas, les traslade parte de sus responsabilidades públicas, aunque no siempre bajo relaciones que preservan su autonomía.

### **A modo de conclusiones**

A partir de lo anterior, debemos apuntar para concluir que:

- . Los orígenes constitucionales del cooperativismo coinciden con los del constitucionalismo social. Desde entonces, la mayoría de los textos fundamentales reconocen la importancia de las cooperativas para el desarrollo integral de los pueblos.
- . El reconocimiento del derecho de asociación en cooperativas en la Constitución socialista cubana vigente presenta un grupo de limitaciones jurídicas que obstaculizan su óptima realización. A tono con el proceso de actualización del modelo socioeconómico que vive el país, se requiere el perfeccionamiento del texto constitucional.
- . El nuevo constitucionalismo latinoamericano ofrece a los trabajadores, además del reconocimiento explícito de la libertad de asociación en cooperativas, una tipificación de la naturaleza jurídica de la figura como reflejo de su identidad y la configuración de un ambiente socioeconómico propicio para el desarrollo del movimiento. La observancia de estos elementos podría contribuir a superar las limitaciones de la figura, en el texto constitucional socialista cubano.

## **Proceso constitucional. Una mirada general y una propuesta para Cuba de proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales**

Amanda Laura PRIETO VALDÉS\*

### **Apuntes previos necesarios**

«La consagración de los derechos humanos en los ordenamientos latinoamericanos, en los últimos años, se ha desarrollado de manera considerable [...]»,<sup>1</sup> y ello es muestra de la necesidad de protección superior que ellos requieren, en cuanto a su inclusión constitucional y las garantías especiales que reclaman.

Si bien su tutela especial data del constitucionalismo revolucionario del siglo XVIII, estos no tuvieron una formulación detallada, pero si se fijaron determinadas garantías para su efectiva realización. Téngase de muestra la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que en su artículo 16 estipuló: «Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»; previsión que ha sido constante en la mayoría de los textos constitucionales que han regulado las garantías o mecanismos protectores de los derechos y libertades.<sup>2</sup>

Si la Constitución es el centro del ordenamiento de la vida de cada pueblo,<sup>3</sup> y si los derechos, ya individuales o colectivos, civiles, políticos o sociales, están entre sus contenidos esenciales, es una exigencia insoslayable la realización de los preceptos del magno texto, de su instrumentación práctica, para que tal regulación constituya garantía superior. En consecuencia, se precisa de leyes de desarrollo

\*Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> Héctor FIX-ZAMUDIO: «Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica». Conferencia magistral, en Diego VALADÉS, y Rodrigo GUTIÉRREZ: *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. III, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2001, p. 3.

<sup>2</sup> Ver Danelia CUTIÉ MUSTELIER: «El sistema de garantías de los Derechos Humanos en Cuba», Tesis en opción del grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, 1999, p.5.

<sup>3</sup> Fernando ÁLVAREZ TABIO: *El recurso de inconstitucionalidad*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1960, p. 7.

en correspondencia con el marco constitucionalmente previsto, que pauten el hacer, sus límites, como también las vías eficaces para su reclamación ante tercero o la Administración. No se desconoce la necesidad de la aplicación directa de la Constitución como garantía primaria de la eficacia de sus postulados, entre ellos, los derechos de ese rango.

### **El proceso como garantía para la defensa de los derechos**

Proceso, es una 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, lo cual muestra la idea de una unidad de actos encaminados en su conjunto a un específico fin. Esta es la acepción amplia de proceso que se pone de manifiesto en cualquier función estatal.<sup>4</sup>

Han sido diversos los enfoques o uso indiscriminado del término, porque lo mismo se utiliza para identificar todo el conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de normas jurídicas,<sup>5</sup> como el proceso legislativo o proceso de interpretación de las leyes, como para señalar la secuencia de actos que tienen por fin decidir una controversia/litigio entre las partes, que se presenta ante una autoridad imparcial e independiente (juez-Tribunal) respecto de las reclamaciones que se sustentan.

No obstante tal diversidad, en función de esta investigación nos interesa la que asume proceso para referirse a una sucesión de actos en sede judicial, cuya producción 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.

Si partimos de que el Derecho tiene entre sus funciones ordenar la sociedad a la vez que 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 y procederes que lo aseguren. Esas conductas humanas se prevén jurídicamente a fin de lograr también su realización. 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

<sup>4</sup> Eduardo J. COUTURE: *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ra. edición, Buenos Aires, 1958, pp. 121 y 122.

<sup>5</sup> Rafael GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Procedimiento Administrativo, 8va. edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004, p. 6. [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) (Acceso 15 de enero del 2014).



que valore y decida; consiguientemente, una o las partes habrán de responder por sus actos si lo merecieren, de forma tal que se concrete una vía de aseguramiento de los postulados normativos y las pretensiones en juego.

Esa vía, empleada por las personas para reclamar sus derechos y lograr la satisfacción o realización de los mismos, es lo que comúnmente denominamos proceso, el que ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, define como una relación jurídica,<sup>6</sup> que se desarrolla ante un órgano especialmente creado para a ello.

Es así, que SANTOS AZUELA define al proceso como la sucesión de actos jurídicos encaminados a obtener la solución del litigio mediante la intervención de un órgano jurisdiccional, imparcial y superior a las partes.<sup>7</sup> Para DE VALL Y SOUZA, el proceso es la sucesión de actos coordinados, tendientes a la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales instituidos especialmente para ello.<sup>8</sup> Más recientemente entre nosotros, MENDOZA DÍAZ, desde una perspectiva general, afirma que el proceso es la consecución de actos de naturaleza jurídica en que intervienen el Tribunal, las partes y otros sujetos procesales encaminados a la solución de una controversia jurídica.<sup>9</sup>

Por su parte GOLDSCHMIDT sostiene que el proceso puede ser conceptualizado, como «el método que siguen los tribunales para definir la existencia del derecho de la persona que demanda, frente al Estado, a ser tutelada jurídicamente, y para otorgar esta tutela en el caso de que tal derecho exista».<sup>10</sup>

Por último en esta referencia, 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.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> James GOLDSCHMIDT: *Derecho Procesal Civil*. (Trad. 2da. edición alemana, por L. Prieto Castro, con adiciones sobre la legislación española por Alcalá-Zamora Castillo). Editorial Labor, S. A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1956, p. 7.

<sup>7</sup> Héctor SANTOS AZUELA: «La Teoría General del Proceso en el Sistema del Derecho Procesal Social», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, mayo-agosto, año/vol. XXXIV, número 101. Universidad Autónoma de México, DF, México, 2001, p. 578.

<sup>8</sup> Julio Garcerán DE VALL Y SOUZA: *El proceso de inconstitucionalidad*, Editorial Librería Martí, La Habana, 1947, p. 481.

<sup>9</sup>Ver Juan MENDOZA DÍAZ: Notas de Conferencias de la autora (22 de noviembre 2013).

<sup>10</sup> James GOLDSCHMIDT: Ob. cit., p. 1.

<sup>11</sup> Domingo GARCÍA BELAUNDE: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 3ra. edición revisada, corregida y aumentada. (Edición al cuidado y prólogo de José F. Palomino Manchego), Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, México, 2002. pp. 11 y 33.

Consecuentemente, con todo lo antes expuesto, el proceso como sucesión de actos en sede judicial viene a constituir, dada la imparcialidad del órgano que aplicará la ley al caso en la solución de la conflictualidad, un medio de garantía jurídica cualesquiera que sean sus partes y el objeto sobre el que verse la litis. Así entonces, el proceso constituye un instrumento importante para la realización de la justicia y, es un baluarte del Estado de Derecho.<sup>12</sup>

Así, todo proceso debe configurarse como instrumento, o medio por el cual actúa el órgano, para nuestro caso el Tribunal, dotado de potestad jurisdiccional, la cual le permite cumplir con su función de administrar justicia, a la vez que constituye la herramienta clave para la solución de las controversias presentadas mediante la aplicación del Derecho a un caso concreto. Por consiguiente es válido afirmar que no existe proceso, ni acción, procesalmente hablando, fuera de la jurisdicción.<sup>13</sup>

En síntesis, el proceso es importante como garantía, no solo por ser esa sucesión de actos sujetos a la Ley que transcurre ante y es dirigido por el aparato judicial; que deviene, al mismo tiempo, en el único medio eficaz, a disposición de las partes, para apelar la tutela de sus derechos e intereses legítimos, así como por la forma de culminación del mismo, mediante sentencia; esa disposición pública con efectos para las partes del proceso, recurrible, y cuya firmeza es el principal baluarte de seguridad jurídica.<sup>14</sup>

En atención a lo antes expuesto es que se defiende la idea de que tanto la actividad jurisdiccional como los procesos han de estar inspirados y regidos por principios que aseguren el adecuado y correcto provenir del mismo, sentados siempre sobre la base del acceso a la justicia y el tributo a la seguridad jurídica.

Entre los principios comunes a todos los procesos, se ha señalado como esencial el de la dualidad de posiciones y ello ha de ser así, ya que para que se configure un proceso han de concurrir, al menos, dos partes en posiciones contrapuestas o más de dos, siempre que asuma una de estas dos posiciones y lo más importante es que acuden ambas en igualdad de condiciones ante un órgano imparcial.

En estrecha relación con el principio que se comenta, también merece énfasis el de contradicción o audiencia, el que sienta las

<sup>12</sup> Héctor SANTOS AZUELA: Ob. cit. p. 578.

<sup>13</sup> Ver Juan MENDOZA DÍAZ: *Derecho Procesal. Parte General. Apuntes para un libro de texto de la asignatura*, Intranet, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 2011, p. 71.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 101.

bases para las facultades de las que han de disponer las partes para satisfacer sus intereses, incoando el derecho a la defensa y que se materializa en la posibilidad de ser oídas, así como de alegar y de combatir lo expuesto por la otra parte. Como instrumento técnico, garantiza la aplicación de la ley y la imparcialidad del tribunal, ya que en virtud de que no siempre los intereses son coincidentes y, con frecuencia, tales intereses son contrapuestos, las garantías jurídicas exigen su participación efectiva en el proceso para que expongan cada una de las partes sus criterios. Además, cuando sus derechos o intereses puedan resultar afectados por la actuación del Estado, alguno de sus órganos o terceros, la contradicción es la garantía, en última instancia, para que ejerzan su derecho a la defensa, y lograr con ello la imparcialidad del órgano dirimente del conflicto, el Tribunal.<sup>15</sup>

Así, en cualquier tipo de proceso, es preciso la configuración de un juez predeterminado por ley, que requiere de la creación de un órgano judicial, con generalidad y anterioridad al caso en cuestión. Por consiguiente, la composición de dicho órgano vendrá determinada legalmente, proveyendo de imparcialidad e independencia en las actuaciones al mismo.

De igual forma, se manifiesta la existencia de un derecho a la defensa y asistencia letrada: en ocasión de la autodefensa, la misma vendrá signada por ley, a diferencia de la asistencia del letrado, en tanto el mismo, como derecho de los individuos partes en el proceso, existe en cualquiera de este, sin importar su naturaleza. En tanto derecho universal, el ciudadano podrá optar hacer uso o no de este derecho, excepto en los casos en que el legislador impone su obligatoriedad, vista esta como un derecho para el individuo y como obligación para el órgano judicial de velar para que el derecho sea ejercido de manera real y efectiva.

Asimismo, el proceso se ha querido configurar y se ha entendido como un proceso público, concebido así, por su doble finalidad, como instrumento de control de la Administración de justicia y, a su vez, para el mantenimiento de la confianza en los tribunales; trayendo como consecuencia la realización del mismo sin dilaciones indebidas, existiendo en tal sentido un equilibrio entre la tramitación rápida del mismo y la presencia a su vez de las garantías de defensa de las partes.

<sup>15</sup> Alan BREWER CARIAS: *Principios del Procedimiento Administrativo*, (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Civitas, Madrid, 1990, p. 536.

Otro elemento que asegura esta institución como garantía de los derechos es el principio de igualdad de las partes,<sup>16</sup> igualdad tanto legal como práctica, ya que solo así podrán las partes alegar y ser oídos en el mismo plano, la contradicción no se producirá en desbalance que incida nocivamente en la decisión final. Estos sujetos deben ostentar los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no se privilegie a una por encima de la otra, por lo que pudiera decirse que el principio de contradicción o bilateralidad resulta su consecuencia, en tanto presupone un reconocimiento previo de la igualdad entre las partes que intervienen en el proceso.

Siguiendo esta línea de ideas, BARBOSA MOREIRA<sup>17</sup> coincide en que la tendencia a la universalización del ejercicio de la función jurisdiccional está dada, precisamente, donde cualquier persona que sienta lesionado o amenazado un derecho suyo, pueda valerse o acceder a un recurso de justicia, es decir a un proceso, donde se restablezca su derecho vulnerado.

Asimismo, otro de los principios rectores de la actuación del Estado, que constituye garantía para la defensa de los intereses individuales y colectivos de las partes en el proceso, es la sujeción a la ley, formal y material; como medio de límite, y control de la actuación de los órganos de representación y los destinatarios de su accionar. En tal sentido, si la base de la jurisdicción ordinaria es la ley, el principio de legalidad o de actuación en conformidad con el Derecho, implica que las actividades que realicen todos los órganos que ejercen el Poder Público deben someterse a ella entendiendo a la Constitución como ley superior.<sup>18</sup>

Aun cuando en ocasiones, se confunden, o se emplean indistintamente los términos de derechos y garantías, es menester destacar que al proceso se va para defender los derechos, todo lo cual requiere de las garantías antes mencionadas a fin de que sea posible

<sup>16</sup> Roberto LOUTAY y Ernesto SOLÁ: *Principio de Igualdad Procesal*, en: <http://www.google.com.ec> (Acceso 10 de enero del 2013).

<sup>17</sup> José Carlos BARBOSA MOREIRA: *A Constitucionalização do Processo no Direito Brasileiro*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, p. 160.

<sup>18</sup> Véase Alan BREWER CARIAS: *Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina*, 1998, p. 10 y ss, en: <http://www.allanbrewercarias.com> (acceso 19 de enero del 2013).

Igual criterio sostiene Rafael GORDILLO: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, Libro 3, Capítulo II «Principios fundamentales del procedimiento administrativo», en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo5/03/03-capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf) (Acceso 19 de enero del 2013); y Antonio MOLES CAUBET. Cfr. Allan BREWER CARIAS: *Estudios de Derecho Administrativo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Venezuela, 1986, p. 161, en: <http://www.pdfdownload.org> (Acceso 15 de enero 2012).

arribar a una decisión justa, así entonces es posible diferenciar derechos y garantías. Al respecto FERRAJOLI,<sup>19</sup> señala que esta distinción, permite que la ciencia jurídica no se limite a constatar la inutilidad de un derecho no justiciable, sino que se convierta en una palanca de denuncia del incumplimiento de poderes públicos que no han establecido o bien las correspondientes obligaciones para los sujetos a los que se dirigen los derechos, o los remedios procesales para el caso de que esos sujetos no den cumplimiento a tales obligaciones.

Teniendo presente esta diferenciación, si los derechos suelen ser entendidos como las libertades y facultades del hombre con protección legal, las garantías se resumen a los instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre, en este caso el proceso.

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.

### **Cuba. Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, limitaciones presentes**

La nueva organización del poder, ahora institucionalizado, los nuevos principios que pautaron su organización interna y funcionamiento, configuraron la existencia de un solo poder del Estado, que reside en el pueblo y es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular,<sup>20</sup> sin la noción de

<sup>19</sup> Luigi FERRAJOLI: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p.119, Cfr. Miguel CARBONELL: «Estudio introductorio: Derechos fundamentales y justicia constitucional», en Giancarlo ROLLA: *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, 1ra. edición, serie Ensayos Jurídicos, no. 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, p. 22.

<sup>20</sup> *Constitución de la República de Cuba de 1976*, ref. 2002, Art. 66: El cumplimiento estricto de la Constitución y de las leyes es deber inexcusable de todos.

Art. 68: Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista que se expresan en las reglas siguientes: a) todos los órganos representativos de poder del Estado son electivos y renovables; b) las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los diputados, de los delegados y de los funcionarios; c) los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento; d) cada órgano estatal desarrolla ampliamente, dentro del marco de su competencia, la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales y a la incorporación de las organizaciones de

contraposición de órganos, ni tampoco del individuo con el Estado, dados los fines constitucionalmente previstos para el nuevo aparato de poder.<sup>21</sup> Todo ello reclamaba una nueva ordenación de las instituciones jurisdiccionales y de carácter procesal.

Siguiendo la línea de la LOSJ de 1973, la Constitución de 1976, tampoco consagró un órgano jurisdiccional especial para la defensa de los derechos constitucionales. Al decir de MÉNDEZ LÓPEZ y CUTIÉ MUSTELIER,<sup>22</sup> varias son las razones que pueden justificar el porqué del cambio en el Sistema de los órganos Judiciales cubano. Asimismo, las autoras señalan que en tal transformación incidió el perjuicio histórico causado por el TGC y S en 1952, cuando validó los denominados «Estatutos constitucionales de Batista» y con ello el golpe de Estado.<sup>23</sup> Otra de las cuestiones a tener en

masas y sociales a su actividad; e) las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores; f) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión; g) la libertad de discusión, el ejercicio de la crítica y autocrítica y la subordinación de la minoría a la mayoría rigen en todos los órganos estatales colegiados.

Art. 120: La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

La ley establece los principales objetivos de la actividad judicial y regula la organización de los Tribunales; la extensión de su jurisdicción y competencia sus facultades y el modo de ejercerlas; los requisitos que deben reunir los jueces, la forma de elección de éstos y las causas y procedimientos para su revocación o cese en el ejercicio de sus funciones.

<sup>21</sup> Ver *Constitución de la República 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;

<sup>22</sup> Ver Josefina MÉNDEZ LÓPEZ y Danelia CUTIÉ MUSTELIER: «La función de los Tribunales de salvaguardar la Constitución», en Andry MATILLA CORREA (Compilador): *Estudios cubanos sobre control de constitucionalidad (1901-2008)*, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 519 y 520.

<sup>23</sup> Ver Sentencia no. 127 de 17 de agosto de 1953, que validó el golpe cuando dijo: «[...] cuando los gobiernos de facto adquieran investidura plausible, es decir, cuando por su fortaleza y estabilidad logran el asentamiento de los gobernados mediante el acatamiento al nuevo orden político, y el reconocimiento de las naciones que forman la comunidad jurídica internacional, pueden abrogar las normas del régimen anterior y darse su propio orden legal [...] las normas dictadas por el gobierno de facto vienen a sustituir a la Constitución y las leyes que de hecho perdieron su vigencia constituyéndose así un nuevo orden jurídico. Cfr. Yumil RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (Coordinador): *Los Tribunales en Cuba. Pasado y actualidad*, Oficina del Historiador de la ciudad de La Habana-ONBC, La Habana, 2013, p.111. Ver también José PORTUONDO Y DE CASTRO: «En defensa de la Constitución», *Cuba intelectual*, La Habana, 1957, que contiene el recurso presentado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales

cuenta como causal de anulación de la Sala Especial, pudiera ser el hecho de considerarse al Estado como único y principal garante de los derechos sociales, económicos y culturales, no habiendo duda alguna sobre la existencia de otros organismos o instituciones capaces de garantizar el ejercicio de tales derechos.

Consecuencia de lo antes expuesto, como antes se señaló, es dable remarcar que para la defensa de los derechos constitucionales no se previó un proceso judicial especial, sino que estos se sustancian por la vía ordinaria.

Haciendo un contraste entre el texto constitucional de 1976 y la normativa precedente en cuanto a las garantías especiales se indica la ausencia en este rango, del procedimiento especial de Habeas Corpus, que se regula en ley ordinaria, pero no es objeto de este trabajo por tener su proceder específico. No obstante es necesaria su inclusión en el magno texto a fin de que ese mecanismo especial reciba el reconocimiento de conformidad con el rango del derecho a que sirve.

De la lectura del artículo 26 constitucional se advierte el reconocimiento del derecho de toda persona a reclamar y a obtener la correspondiente reparación o indemnización en las formas previstas frente al actuar de la Administración,<sup>24</sup> pero no ha sido sinónimo de la posibilidad de instar a los tribunales para la defensa de los derechos de rango constitucional. A todo ello, es verdad que la Constitución no establece que dicho mecanismo sea especialmente para la defensa de los derechos constitucionales porque el precepto

y Sociales en rechazo a los Estatutos; sin menoscabo de la obra que dio a conocer el Programa de la Revolución cubana, en que se señala la ilegitimidad de la decisión de un tribunal de derecho que apoyó el vil cuartelazo a la Constitución legítima de la República, en Fidel CASTRO RUZ: *La Historia me absolverá*, COR del CC-PCC, La Habana, 1973, pp. 92-98.

---

<sup>24</sup> *Constitución de la República de Cuba de 1976*, ref. 2002, Artículo 26: Toda persona que sufre 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 «La defensa jurídica de la Constitución cubana», en *Revista Cubana de Derecho* no. 30, 2008 y «La Reforma de 1992» en PÉREZ HERNÁNDEZ y PRIETO VALDÉS: *Temas de Derecho Constitucional...*, p. 216, versión digital; artículo «La Constitución, los derechos y el control. De Cuba, propuestas», de Martha PRIETO VALDÉS y Amanda Laura PRIETO VALDÉS, Ponencia, Evento Simposio Cubano-Germano de Derecho, La Habana, marzo 2013.

no distingue, pero no se puede negar la regulación en la normativa suprema del derecho a la exigencia de estos.

En comentario a este artículo, ÁLVAREZ TABÍO<sup>25</sup> considera que la vía más adecuada para obtener la reparación o indemnización es la acción administrativa establecida en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE),<sup>26</sup> que plantea: «La jurisdicción administrativa conocerá en todo caso de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, aun cuando esta se derive de la ejecución de cualquiera de las disposiciones a que se refiere el artículo anterior». Por tanto, no se explica que haya limitaciones al acceso a esta esfera y más si es para la defensa de un derecho tutelado en el magno texto.

Si bien en el orden constitucional la regulación es deficiente en esta materia, vale tener en cuenta para este análisis limitaciones que emanan de la normativa ordinaria procesal, —LPCALE—.

Así, la referida ley, en el art. 656,<sup>27</sup> regula uno de los procederes establecidos para la defensa de los derechos, posibilitando la impugnación de las disposiciones de carácter general o incluso resoluciones emanadas de los Organismos de la Administración Central del Estado,<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> Esto es así, al no concebir la revisión de materias constitucionales en jurisdicción administrativa, en tanto es posible equipar o entender el vocablo —materias constitucionales— como cuestiones constitucionales, llevadas contra el Estado, la Provincia

<sup>25</sup> Fernando ALVAREZ TABÍO: *Comentarios a la Constitución socialista*, (1ra. reimpresión), Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1988, p. 123.

<sup>26</sup> En lo adelante LPCALE (Ley 7 /1977).

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> En lo adelante OACE.

<sup>29</sup> 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.



y el Municipio, o las declaraciones de constitucionalidad o no de las normas, que ciertamente corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular<sup>30</sup> y no a otro órgano. En este caso no sería necesario reformulación procesal alguna respecto al precepto.

Ahora bien, si entendemos, y es este el criterio que acogemos, por materias constitucionales todo lo consagrado en la Constitución, y no una interpretación restringida de la categoría, ¿por qué no acudir a la vía judicial, ante el órgano imparcial, dirimidor de controversias, para darle solución a la misma en sede administrativa cuando es la Administración la limitadora o vulneradora del derecho, en particular de los tutelados en la Constitución? A fin de cuentas, de dirigirse el individuo contra la Administración está yendo sobre el propio lesionado para que este decida, encontrándose el particular en posición desventajosa.

Con relación a 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<sup>31</sup> 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 vulnere, restrinja o limite el ejercicio del derecho consagrado en la Constitución. De igual forma el Tribunal actuante, en tanto detecte que una normativa inferior es restrictiva de un derecho constitucional, debe, de oficio inaplicarla y, en su lugar, aplicar la regla garante de mayor jerarquía, o librar consulta al Tribunal superior. Lo cierto es que los Tribunales Populares son los únicos que están llamados constitucionalmente a intervenir como órganos de impartición de justicia<sup>32</sup> frente a cualquiera que pretenda subrogarse en su lugar y grado, y con ello limite la defensa de los derechos.

<sup>30</sup> En lo adelante ANPP.

<sup>31</sup> *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;

<sup>32</sup> 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 ejercida a nombre de este por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye.

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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> Tal es así que el condicionamiento del acceso a la justicia por la previa resolución administrativa supone un límite a la vía judicial.

Es sabido que la Administración cubana, a fin de lograr la instrumentación de los cambios sociales, fue fortalecida, se hizo concentradora y centralizadora, a la vez que todo el aparato de poder sufrió cambios; y ello es de fácil apreciación no solo por el diseño constitucional, sino también a través de normativas ordinarias, que al decir de PEREIRA BASANTA, y con la cual coincide la autora de este trabajo, muestran una tendencia a otorgarle a la Administración cómodos poderes de decisión con amplitud de facultades de apreciación para casos concretos; y también un gran margen de maniobrabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria en muchos sectores,<sup>35</sup> incluso para limitar el acceso a la vía judicial en casos de reclamación, como sucede en diversas normativas emanadas de órganos de la Administración central.<sup>36</sup>

Con relación a las limitaciones anteriores, PRIETO VALDÉS<sup>37</sup> ha introducido interrogantes que precisan de un estudio y análisis:

<sup>33</sup> Jolene PEREIRA BASANTA: «Sobre el recurso de plena jurisdicción y otros presupuestos de acceso a la justicia administrativa en Cuba. Apuntes de una trayectoria histórica» / Intranet, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, pp. 59 y 60.

<sup>34</sup> 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 estas 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 solo podrán ser impugnados una vez agotada la vía administrativa.

<sup>35</sup> Ver Jolene PEREIRA BASANTA: Ob. cit., p. 6.

<sup>36</sup> Ver Danis GARCÍA MORENO: «El acceso a la justicia en materia administrativa en Cuba. Una mirada desde el Derecho Constitucional con propuestas de inclusión del derecho». Tesis en opción al título de Máster en Ciencias Jurídicas, La Habana, Cuba, 2014, pp. 49-69.

<sup>37</sup> Martha PRIETO VALDÉS: *Necesaria interconexión...*, Ob. cit., p.3.

¿Qué consideraciones tuvo el legislador ordinario para restringir el alcance y la garantía de la normativa superior al evitar que se conocieran en la sede judicial administrativa las reclamaciones de derechos de este rango, cuando es la Administración Pública su principal garante y ha sido la institución básica en su restricción? O, ¿cuál fue el fundamento legal para excluir la discrecionalidad administrativa del control judicial cuando es mediante esta fórmula que también pueden lesionarse derechos, no realizarse mandatos o expresarse abuso de poder?.

Pero el hecho es que la Administración a todos los niveles es parte del aparato estatal, democráticamente conformado, con la finalidad de proveer o posibilitar a la población el bienestar individual y colectivo en una sociedad en que prime la justicia social.<sup>38</sup>

Por tal motivo, no debe haber restricciones de ningún tipo en el acceso a la Justicia para reclamar actos 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 en 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.

Independientemente de la carencia de órgano y proceder especial para los derechos constitucionales, no es menos cierto que mientras no se reformule la noción de discrecionalidad administrativa que pervive entre nosotros, como actuación sin límite, y se impida cuestionarla en sede judicial por la vulneración que puedan producir las actuaciones de la Administración a los derechos reconocidos constitucionalmente, tampoco habrá una eficiente garantía para los derechos ordinarios. No es secreto que hoy en día no existe una vía expedita que, con inmediatez detenga u obligue la actuación administrativa, en su proceder, para evitar mayores lesiones o amenazas.

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

<sup>38</sup> Ver *Constitución de la República de Cuba*, ref.2002, Art. 1: Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.

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 MARCHECO ACUÑA<sup>39</sup> y PRIETO VALDÉS,<sup>40</sup> precisamente que sean los tribunales los garantes, por excelencia, en la solución de los conflictos, reconocedores o limitadores de los derechos. Asimismo, para CUTIÉ MUSTELIER, 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 ve vulnerado, o amenazado, un derecho humano obtener su protección y reparación; lo que sin dudas constituye garantía primordial de nuestro sistema.<sup>41</sup>

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. Efectividad esta que depende tanto del reconocimiento constitucional de tales derechos como de la existencia de mecanismos adecuados para evitar 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.

Alguna necesidad existirá cuando tantos autores cubanos en el presente lo abordan.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Benjamín MARCHECO ACUÑA: *El proceso administrativo cubano en los inicios del siglo XXI*, Editorial Académica Española, 2012.

<sup>40</sup> Martha PRIETO VALDÉS y Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ: Informe Final de la Investigación acerca de las Quejas de la Población en Ciudad Habana. Biblioteca de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 1999.

<sup>41</sup> Ver Danelia CUTIÉ MUSTELIER: Ob. cit., p. 76.

<sup>42</sup> Ver Jolene PEREIRA BASANTA: Ob. cit. Pereira, destaca en su trabajo la multiplicidad de estudios realizados en suelo patrio que recaban el perfeccionamiento del control de la Administración, especialmente los que retoman la intervención de la sede judicial como garantía por excelencia para los derechos de los administrados: Grethel ARIAS GAYOSO, «Reflexiones en torno al principio de legalidad y la potestad discrecional de la Administración Pública», en *Revista Jurídica*, Tercera época, año 1, no. 2, julio-diciembre 2008, Ministerio de Justicia, Ciudad de La Habana; Benjamín MARCHECO ACUÑA: «El control judicial de la potestad discrecional de

Como están las cosas hoy, donde existen disposiciones generales emanadas del aparato de poder que no permiten o restringen el acceso a la vía judicial,<sup>43</sup> que sancionan y limitan el ejercicio de derechos constitucionales; donde 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

la administración pública en Cuba», en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana Colombia, vol. 39, no. 110, enero-junio 2009; Grethel ARIAS GAYOSO: «A vueltas con la discrecionalidad administrativa», en *Novum jus*, vol. 4, no. 1, enero-junio, 2010, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C.; y además en *Revista de Derecho*, no. 5, diciembre, 2010, publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Católica, Montevideo; de la misma autora «La significación jurídica del principio de legalidad para la Administración Pública», en *Panorama de la Ciencia del Derecho en Cuba. Estudios en homenaje al profesor Dr. C. Julio Fernández Bulté*, ob. cit.; de la misma autora: «Por los cauces de la discrecionalidad administrativa», en *El Derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío...*, ob. cit.; «La discrecionalidad administrativa y su control en el ordenamiento jurídico cubano», tesis presentada en opción al grado científico de doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, 2011 (inédita); Yalenni PÉREZ URQUIZA: «La revisión judicial de los actos de la Administración Tributaria en Cuba», Universidad de Oriente, 2011 (tesis inédita); Benjamín MARCHECO ACUÑA: «Del régimen de medidas cautelares y de la ejecución de sentencias en el proceso administrativo cubano», en *Panorama del Derecho procesal hispanocubano*, Juan MENDOZA DÍAZ (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; Yalenni PÉREZ URQUIZA: «La ejecución de sentencias en el proceso administrativo», en *Panorama del Derecho procesal hispanocubano*, Juan MENDOZA DÍAZ, (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

<sup>43</sup> 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: artículo 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: artículo 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.

resulta lesiva al derecho constitucional y le aplican al particular; así como la imposibilidad de invocar ante tribunales cuestiones referidas a materias constitucionales, específicamente las referidas a los derechos en ella reconocidos.

Es importante enfatizar en la urgencia de la 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. ¿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.<sup>44</sup>

De estos procesos especiales se ha dicho que es preciso que en su configuración se tenga presente que el mismo sea un proceder sencillo, rápido, con amplias y eficaces medidas precautorias que

<sup>44</sup> Ver Martha PRIETO VALDÉS y Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ: *Los Derechos Humanos de los cubanos; su protección y defensa. Análisis y propuestas*. Resultado de investigación realizada por las autoras. Actualizado junio, 2006. Ver también en CD VII Seminario Internacional de Derecho Constitucional, La Habana, 2007.

impidan la vulneración de los derechos durante la reclamación, y propicien la posible restitución y reparación de los que han resultado ser infringidos o lesionados.<sup>45</sup> De igual forma, se ha demostrado la necesidad de su existencia como mecanismo eficaz para la defensa de los derechos, así como para el establecimiento de su protección, ante cualquier acto que los vulnere. Así, la máxima de que «derechos sin garantías son una mera fórmula legal», exige que en los propios textos y las leyes ordinarias se prevean mecanismos para su ejercicio y defensa.

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 a ello, es la suspensión temporal del acto administrativo lesivo —como medida precautoria— 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 preciso una suspensión temporal de la 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 la 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.

Urge la implementación de un proceso especial ante una Sala Especial del TSP, para reclamar la defensa de los derechos constitucionales, frente a todos aquellos que puedan lesionar de manera efectiva y real los mismos, sobre las siguientes bases:

<sup>45</sup> Ver Héctor FIX-ZAMUDIO en Diego VALADÉS y Rodrigo GUTIÉRREZ: ob. cit., p.5.

La reclamación podrá presentarse siempre y cuando:

1. Individuo(s) vs Administración: recurriendo ante el Tribunal, en defensa del derecho constitucional lesionado, vulnerado o en amenaza de serlo por actos concretos de la Administración o normativas emanadas de esta que impiden el acceso a la vía judicial. Ante ello la propuesta es la configuración de un Proceso especial para la defensa de los derechos constitucionales, cualquiera sea el vulnerador. Ahora bien, otra variante sería, el perfeccionamiento del contencioso administrativo en reclamo de la defensa de los derechos ordinarios y constitucionales por actos lesivos de la Administración ante el Tribunal Provincial Popular como garantía primaria; y en reclamación por inconformidad, el proceso especial ante una Sala Especial del TSP, para la defensa de los derechos constitucionales únicamente.

2. Individuo(s) cuyos derechos son restringidos o vulnerados por la existencia de Leyes, Decretos-Leyes, Decretos o Resolución general que contradicen o lesionan directamente el precepto constitucional contenido de un derecho regulado en ella: la solución a ello sería el Proceso Especial para la defensa de los derechos constitucionales, a fin de que esta propia Sala determine la inaplicación de la norma, o en su defecto consulte a la ANPP, o al Consejo de Estado si esta no sesiona y adopte la decisión respecto al caso.

3. Individuo(s) con derecho constitucionalmente reconocido pero sin su posterior ley de desarrollo, lo que impide el ejercicio del mismo. Algunos autores le llaman a esto omisiones legislativas, pero otros prefieren denominarlo inconstitucionalidad por omisión,<sup>46</sup> porque el legislativo ha incumplido el mandato de elaborar la ley.

Para los casos dos y tres una solución sería asumir la Constitución como norma de aplicación directa de manera efectiva y constante, como se debe, y que los tribunales fallen de conformidad con la norma superior, lo que supondría la garantía del derecho que se reclama, a la vez que un mecanismo de control disperso de la constitucionalidad y legalidad de las disposiciones generales.

4. Individuo(s) cuyo derecho constitucional ha sido lesionado por la falta de inmediatez en las actuaciones jurisdiccionales o inconformidad ante sentencia condenatoria del TSP: en este caso, el derecho a presentar este proceso constituiría una garantía porque generaría una nueva mirada respecto al caso y al derecho reclamado.

<sup>46</sup> Ver al respecto Martha PRIETO VALDÉS: «El Derecho, la Constitución y su interpretación». Tesis en opción al Grado Científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2002, p. 80.



Se podrá utilizar el proceso especial que se propone, reclamando la aplicación directa de la Constitución, a fin de asegurar el disfrute de los derechos en ella contenidos. También, queda con el uso de este proceso, la posibilidad de instar a los órganos del aparato de poder para que resuelvan la contradicción, realicen una mejor formulación de los derechos y los mecanismos para garantizar su ejercicio en el caso que corresponda.<sup>47</sup> La Carta Magna es omnicompreensiva y así han de ser los mecanismos de defensa de sus contenidos.<sup>48</sup>

Diversas son las situaciones posibles de presentarse en la cotidianeidad, vinculadas al pleno ejercicio y aseguramiento de los derechos constitucionales, es por ello que creemos dable exigir que de estar tutelados por el magno texto, es preciso su salvaguarda y protección.

1-*Objeto de Protección*: Los derechos reconocidos constitucionalmente.

2-*Sujetos Legitimados para accionar la vía judicial*: Cualquier persona natural que considere haber sufrido una lesión o amenaza inminente en el ejercicio de sus derechos humanos, por sí o por representación, o tercero con interés legítimo. Asimismo se tendrá en cuenta la participación del Fiscal especialmente designado para esta función y con las salvedades antes hechas.

3-*Actos Impugnables*: Acciones u omisiones provenientes de órganos, organismos, autoridades estatales o de particulares que lesionen o restrinjan los derechos consagrados constitucionalmente.

4-*Efectos de la presentación*: suspensión preventiva del acto o decisión presuntamente lesiva para evitar daño innecesario, hasta la adopción de la decisión definitiva.

5-*Órgano Competente*: Sala especial, de lo Constitucional, del TSP.

6-*Conformación de la Sala*: 3 Jueces profesionales y 2 legos, directamente elegidos por el pueblo y que su nombramiento esté limitado — hasta 10 años, por ejemplo — y que en aquellos casos, que así el pueblo lo determine, prorrogarlo por igual término y por el contrario, si el pueblo lo acuerda, también se ha de cesar en tales funciones.

<sup>47</sup> Reclamo es de valorar la contradicción, y resolver con la inaplicación de la normativa inferior restrictiva o vulneradora. Partiendo de que el Tribunal Supremo Popular no puede declarar la inconstitucionalidad de las normativas que así considere, pero si puede dictaminar y enviar solicitud a la Asamblea Nacional del Poder Popular para que ella restituya.

<sup>48</sup> Ver al respecto Martha PRIETO VALDÉS: «Una mirada desde y para el Ordenamiento Jurídico cubano». <http://www.revistaccuba.cu/index.php/acc/article/viewFile/167/136>. Ver también *Constitución de la República de Cuba, 1976*, ref. 2002, Art. 9 que establece las funciones del Estado cubano, de conformidad con su base democrática.

7-Tipo de Proceso: Amparo Constitucional.

8-Principios/Características del proceso: Celeridad, Sencillez, Inmediatez, preferencia, especialidad, brevedad, gratuidad, transparencia, sin dilaciones y formalismos excesivos, oralidad, publicidad, igualdad en la ley y ante la ley, seguridad jurídica y legalidad.

9-Efectos del fallo: mandato de restablecimiento del derecho que ha sido lesionado, de inmediato cumplimiento y por la importancia de lo que se tutela efectos *erga omnes*.

Para dar cumplimiento a la propuesta anterior se hace necesario crear la Ley de Proceso especial para esta sede, a los efectos de que pueda ordenar de manera coherente este proceder y sus efectos.

### **A modo de conclusiones**

Consiguientemente, de lo anterior se colige que: Siendo el proceso una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, formuladas ante un órgano especialmente creado para a ello, debe erigirse bajo los presupuestos y principios básicos de la igualdad de las partes ante la ley y en la ley, contradicción, derecho a la defensa, publicidad de las actuaciones, entre otros, a fin de que constituya garantía o medio eficaz para la defensa de los derechos e intereses que se reclaman. No basta solo la previsión legal o constitucional del proceso para la defensa del derecho, sino que ha de asegurarse el acceso a la justicia de todos, en todo momento y frente a cualquier circunstancia.

En Cuba, al no tener los derechos constitucionales, *per se*, la garantía judicial especial para su defensa, sino que pueden ser reclamados por vía ordinaria, y asimismo frente a vulneraciones que puedan provenir tanto de la Administración, o cualquier otra persona, las limitaciones de acceso a la justicia o de cuestionamiento de determinadas materias en sede judicial,<sup>49</sup> para la protección de derechos y libertades individuales y colectivas, reconocidos en el texto constitucional, y a fin de lograr el equilibrio entre los diversos intereses tanto privados como públicos se hace necesario asegurar el acceso a la justicia de todos y es el Proceso constitucional el cauce para asegurar la defensa de estos derechos.

Por tal motivo urge la necesidad de la revisión y modificación de los mecanismos legales ordinarios y de la regulación constitucional a fin de que la justicia cubana pueda cumplir con más eficacia con su objetivo primordial de ser garantía eficaz para todos los derechos, incluidos los reconocidos constitucionalmente.

<sup>49</sup> Si se reconoce el acceso pleno a la justicia, y lo discrecional puede discutirse, sigue haciendo falta el proceso especial, en tanto este es el mecanismo o cauce idóneo para que se defiendan los derechos constitucionales que han sido vulnerados.

## **Los modelos de participación política en Europa y Estados Unidos**

José Luis GARCÍA GUERRERO\*

### **Introducción**

El valor constitucional pluralismo político se concreta en el principio democrático y este, a su vez, en el derecho fundamental a la participación política. El principio democrático fue aplicado por primera vez a través de la democracia directa en las polis de la antigua Grecia. Esta forma democrática fue posible gracias a la confluencia de tres circunstancias: los griegos disfrutaban de un elevado estándar educativo en las diversas ciencias y, muy en concreto, en los asuntos públicos, que les permitían resolver con acierto todo lo concerniente a su ciudad estado; el trabajo de los esclavos hacía posible que los ciudadanos libres dispusieran del tiempo necesario para dedicarlo a los asuntos públicos; y finalmente, eran pocos los individuos que ostentaban la condición de ciudadanos libres, lo que facilitaba su reunión en el ágora y el debate y aprobación de las cuestiones públicas que concernían a su ciudad.

Aunque se habla de democracia directa en el caso de algunos cantones suizos, lo cierto es que esta forma democrática ha quedado reducida a un elenco de institutos de democracia directa que cohabitan con la democracia representativa, principalmente, la iniciativa legislativa popular, el referéndum y el derecho de petición. Se habla también de democracia participativa pero esta no es más, en el mejor de los casos, que una democracia representativa que utiliza más intensamente los institutos de democracia directa y añade a éstos la revocatoria y el referéndum de iniciativa de la reforma constitucional; y, en el peor de los casos, los presupuestos participativos experimentados en el ámbito municipal —donde más profundamente se puede

\* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha (España).

realizar jurídicamente el principio democrático—, que, sin entrar en profundidades, presentan dudas legítimas sobre su compatibilidad con el principio democrático.

Quizás, las nuevas tecnologías en el ámbito de la comunicación y la robótica permitan en un futuro reproducir las condiciones de las antiguas polis griegas y aplicar nuevamente la democracia directa.

Sin embargo, tras sentar estos presupuestos, se defiende aquí que la única forma de realizar hoy el principio democrático es a través de la democracia representativa, que presenta dos modelos contrapuestos: la clásica o liberal que sigue encontrando en los Estados Unidos de América su modelo, pleno de efectividad y de coherencia; y la de partidos, que tiene su origen en Europa y cuya efectividad y coherencia está siendo seriamente afectada por la falta de democracia interna en los partidos políticos y por las influencias cada vez más intensas del modelo estadounidense.

También se defiende que la democracia representativa liberal es una democracia bajo mínimos, esto es, que solo permite realizar políticamente la soberanía residencia en el pueblo; el derecho fundamental a la participación política del ciudadano se limita a formar la opinión pública y al momento electoral, para unos pocos a través de sufragio pasivo y para la mayoría a través del sufragio activo. La lógica de la democracia representativa liberal exige una república presidencialista, un sistema electoral mayoritario con circunscripción uninominal y un modelo de partidos que más bien es superposición de comités electorales, con desvinculación jurídica entre el partido y el grupo parlamentario y ausencia de disciplina de partido y de grupo. El modelo de financiación es predominantemente privado.

En cambio, la democracia representativa de partidos es, siempre que se asegure la democracia interna en el interior de la organización, una democracia de máximos, solo superada por la democracia directa —irrealizable en la actualidad—, es decir, la única democracia que permite realizar jurídicamente, y no solo políticamente, el principio democrático haciendo plenamente efectiva la soberanía del pueblo. Es esta la forma democrática que permite, salvaguardando el pluralismo político, incrementar más intensamente el derecho de participación política; todos los ciudadanos lo ejercen de la misma forma que en la liberal pero aquellos, sean más o menos, que sienten una mayor propensión a la esfera pública, la incrementan utilizando el partido político instrumentalmente en una doble vertiente: contribuyendo a

la elaboración del programa electoral del partido político cuyo grupo parlamentario tratará de convertir en voluntad estatal en el parlamento; y eligiendo a los candidatos a parlamentarios que defenderán ese programa en las diversas instituciones en que resulten electos. De aquí la imprescindibilidad de la democracia interna para considerar a una organización política como partido y para que pueda funcionar coherentemente la democracia representativa de partidos. La lógica de este sistema exige gobiernos parlamentarios, sistemas electorales proporcionales con listas cerradas y bloqueadas y un modelo de partido político estricto con vinculación jurídica entre el comité electoral, el partido y el grupo parlamentario, así como disciplina de grupo y de partido. El sistema de financiación es predominantemente público.

La negativa de la doctrina científica a reconocer a la democracia representativa de partidos como teoría autónoma a la liberal y la resistencia de los partidos políticos a funcionar con una auténtica democracia interna, están llevando a este modelo a una profunda crisis. La respuesta del sistema a esta, tanto de los actores políticos como de la doctrina científica, es propuestas de reforma que consisten en la introducción de las listas abiertas, las desbloqueadas o las primarias para elegir a los líderes. Estas propuestas representan una profunda incoherencia con el modelo, más intensa la tercera que la segunda y esta que la primera; en realidad, se trata de una influencia del modelo liberal estadounidense, lo que está provocando una mutación creciente desde un sistema de gobierno parlamentario a uno presidencialista al tiempo que se intensifica la desvinculación del representante con el representado.

Para poder comprender cabalmente las afirmaciones que se han realizado hasta el momento es necesario indagar sobre los orígenes del concepto de representación, la construcción de la democracia representativa antes y durante la asamblea revolucionaria francesa, sus caracteres, los argumentos que se contienen en los mismos, los principales embates teóricos que ha sufrido, así como sobre la construcción de la democracia representativa de partidos como teoría autónoma a la liberal, para concluir con algunas características diferenciadoras de los dos modelos de partidos.

## Antecedentes del concepto de representación política

### a) *La asamblea estamental*

Si se prescindien de los antecedentes de la representación en la antigüedad, lo más sólidos se encuentran en la época medieval, concretamente en las asambleas estamentales. El Consejo del Monarca se amplía durante la época medieval a la nobleza y altos cargos eclesiásticos, posteriormente, incorpora a representantes de los burgos o condados como contraprestación por los impuestos que se les reclaman. En este momento surgen las asambleas estamentales, origen inmediato del parlamento y, en lo que aquí nos interesa, de la representación política. En el Reino Unido en 1265 y, con mayor claridad, en 1295; en Francia durante el siglo XIV. La representación de los burgos no aparecía ligada a la elección, aunque poco a poco se fue imponiendo.

Las asambleas estamentales no participaban en la función de gobierno se limitaban a colaborar, a transmitir peticiones y a buscar soluciones para evitar la introducción de nuevas cargas económicas. Era este el objeto principal de los representantes de los burgos, eludir el pago de nuevos impuestos; para lograrlo esta representación se articula a semejanza del contrato de mandato propio del Derecho privado. Se trata de un negocio jurídico en virtud del cual el mandatario, representante o delegado realiza una serie de actos que son imputados a los representados o mandantes, es como si estos mismos hubieran realizado los referidos actos. En las asambleas estamentales no se deliberaba, se votaba. Por ello, los habitantes de las ciudades enviaban a sus representantes con un «cuaderno de instrucciones» en que se indicaba cuál debía ser su actuación en la asamblea y muy especialmente a la hora de votar nuevas contribuciones económicas. Si la asamblea estamental afrontaba alguna cuestión no prevista en el cuaderno de instrucciones, la reunión debía suspenderse y el representante retornar a su Burgo en busca de nuevas instrucciones. Además, era responsable de sus actuaciones ante sus representados y estos tenían el poder de revocar su nombramiento y sustituirlo por otro. Se puede observar, en consecuencia, que la representación que se verificaba en las asambleas estamentales no era de individuos, sino de grupos.

### b) *La representación del monarca*

El monarca es la otra institución a través de la cual se verificó la representación, aunque con características diferentes. El rey

durante siglos se había acogido a la idea de la representación; Hobbes al comentarla indicaba que «una multitud se convierte en persona cuando es representada [...] porque es la unidad del representante y no la unidad del representado la que hace a la unidad de esa persona».

El monarca actuaba su representación de forma diferente a como lo hacía el parlamento, especialmente durante el período absolutista. Esta representación era constitutiva e ilimitada o absoluta, por tanto, no responsable. El monarca más que representar a su reino lo constituía, era la expresión de su unidad y de su propia existencia.

En la época estamental existían dos momentos, el de la unidad total expresada por el monarca y el de la pluralidad de la comunidad que se manifestaba en los estamentos. En el Estado absoluto la unidad se conseguía a costa de la supresión de la variedad.

### **Teorías políticas de la democracia representativa**

a) *La democracia representativa. Su construcción teórica en la Francia revolucionaria*

La representación de los burgos en las asambleas estamentales, construido en torno al contrato de mandato propio del derecho privado, y la representación del monarca son los antecedentes inmediatos de la representación política. No obstante, este concepto para su aparición definitiva requiere de su ligazón con el principio democrático, lo que a su vez exige explicar la conexión representación política-elección, y de la consecuente traslación de la soberanía. Estas vinculaciones se desarrollarán consuetudinariamente en el Reino Unido y teóricamente en el período previo a la Revolución Francesa.

En los dos últimos siglos se ha llegado a pensar que representación y elección son conceptos vinculados. Hay múltiples formas de representación que no requieren elección, incluso, la representación política se ha desarrollado sin elección. Los representantes de los burgos en las asambleas estamentales, como ya se ha señalado, en un principio no eran elegidos, aunque con el transcurso del tiempo se generalizó su elección. En las monarquías absolutas, que sucedieron en la Europa continental a las monarquías medievales, la representación política del reino la detentaba sin elección el Rey, gracias al pacto del monarca con la nobleza y la alta jerarquía eclesiástica.

Al pensamiento revolucionario francés se debe la conexión teórica entre elección y representación política y que esta se entienda desde hace dos siglos como la única forma posible de realizar el principio democrático. La identificación ha llegado a tal punto que se habla de la democracia representativa como la única forma de gobierno legítima. A lo largo de los dos últimos siglos se ha generalizado la creencia de que el poder solo es legítimo cuando los titulares de sus órganos son elegidos democráticamente por los ciudadanos.

En Europa continental, en el período previo a la revolución francesa, durante la Monarquía absoluta el rey detentaba la soberanía. Esta se manifestaba en el plano interno como un poder absoluto e irresistible y en el plano externo como la facultad de mantener relaciones con los demás estados en un plano de igualdad. Los revolucionarios franceses en su intento de arrebatarse el poder al monarca necesitaban una unidad alternativa a este para atribuirle la soberanía.

Las ideas de diversos pensadores entre los que destaca ROUSSEAU permitieron encontrar esa unidad alternativa. Como todos los hombres nacen libres e iguales, ninguno, ni siquiera el monarca, tiene el derecho a mandar sobre los demás. Por tanto, solo podrá mandar el conjunto de todos los hombres, es decir, el pueblo. En consecuencia la soberanía pertenece al pueblo, unidad alternativa que arrebatase el poder al monarca. En la teoría de la democracia radical roussoniana, cada hombre tiene una porción proporcional de esa soberanía, y la democracia directa es la forma que tiene para ejercerla. Pero como la democracia directa no es posible, por las razones que más arriba se expusieron, ROUSSEAU admite, como mal menor, que cada hombre ejercite su porción de soberanía, eligiendo a unos representantes que gobiernan por y para los representados en el Parlamento. El modelo de representación es análogo al utilizado por los representantes de los burgos en las asambleas estamentales y al contrato de mandato propio del Derecho privado. Surge así la conexión entre elección, representación política y democracia. A partir de este momento la fórmula se conocerá como democracia representativa.

b) *La democracia representativa liberal. Su construcción durante la asamblea constituyente de la Revolución francesa*

La democracia representativa liberal no coincide exactamente con las construcciones previas de ROUSSEAU, ni con los antecedentes de las asambleas estamentales, ni con el contrato de mandato privado.



En la representación política liberal, tal y como demostró el profesor ORLANDO, no hay vínculo jurídico entre representante y representado, no hay una voluntad previa de este, sino que aquél la constituye; el representante no puede ser revocado por sus representados, ni es responsable de su gestión, ni conoce limitaciones en su representación.

Estas diferencias del concepto de representación se explican porque las ideas de ROUSSEAU y otros pensadores fueron reelaboradas durante la asamblea constituyente de la Revolución Francesa por BARNAVE y fundamentalmente por SIEYÈS, quien además utilizó materiales de MONTESQUIEU. El resultado es una representación política que es democrática por basarse en el mecanismo de la elección, pero donde el ciudadano ya no ejerce jurídicamente una porción de su soberanía. En la última reelaboración la soberanía ya no pertenece al pueblo, sino a la nación, ente abstracto de naturaleza más amplia que engloba a las generaciones pasadas, presentes y futuras. Esta concepción permitirá a la burguesía, que arrebató la soberanía a la corona, no perder ese poder en favor de las clases más desfavorecidas, que son mayoría en la sociedad.

La asamblea constituyente francesa, con SIEYÈS a la cabeza, adoptó el concepto de representación política en su forma de mandato representativo porque de esta forma la construcción conceptual se beneficiaba de la legitimidad, respetabilidad jurídica y mistificación democrática que aportaban la práctica burguesa con el contrato de mandato privado, la utilización de esta figura en la asambleas estamentales y las doctrinas democráticas de ROUSSEAU. Ninguna otra técnica legitimaba el poder tanto como esta, la nación soberana mandataba a sus representantes en el parlamento para ejercer el poder, hacía aparecer a este órgano como mero mandatario, a cuyo través quien gobierna es la nación.

El mandato representativo liberal adoptado por la constituyente había modificado sus caracteres por la introducción de nuevos argumentos. Veamos primero estos y luego aquellos. Aunque antes recordaremos que en el Reino Unido se llega consuetudinariamente a una democracia representativa liberal análoga, tras el pacto de la nobleza y la burguesía contra el monarca, lo que permitió muy pronto residenciar la soberanía en el Parlamento.

### **Argumentos contenidos en el mandato representativo**

La democracia representativa liberal responde a una serie de razones y argumentos que se contienen básicamente en el

mandato representativo elaborado durante la constituyente (Garrorena), estos son básicamente cuatro.

La representación es el instrumento que hace posible la soberanía nacional frente al monarca al perfilar una unidad diversa a este, la nación, a la cual se puede atribuir la soberanía. El artículo 2 de la constituyente francesa de 1791 lo expresaba con claridad: «La nación, de quien emanan todos los poderes no los puede ejercer más que por delegación. La Constitución francesa es representativa [...]».

Como los ciudadanos modernos no quieren sacrificar su tiempo de la esfera privada para dedicarlo a la pública, la democracia representativa es su forma ideal de participación; en contraposición a la democracia directa de los antiguos. Benjamín CONSTANT explicó modélicamente este argumento: «desde la perspectiva de la libertad que a nosotros nos interesa, mientras más tiempo libre nos deje el ejercicio de los derechos políticos para dedicarnos a nuestros intereses privados, más preciosa nos será esa misma libertad».

Esta forma de representación permite aplicar las técnicas de la división del trabajo, con sus ventajas de especialización y cualificación, a las tareas políticas. Aunque hay antecedentes en diversos autores, como MONTESQUIEU, SIEYÈS lo expresa con mayor claridad:

«La conveniencia común justifica que los ciudadanos nombren representantes mucho más capaces que ellos de conocer su interés y de interpretar su voluntad [...] La gran mayoría de los ciudadanos carece de preparación para ocuparse de las leyes que deben gobernar a Francia».

Ante situaciones no previstas previamente, el representante no puede parar su actividad y esperar a recibir nuevas instrucciones de sus representados. Si no fuera así el parlamento no podría funcionar con eficiencia. Se trata de una razón pragmática para garantizar la gobernabilidad (Este argumento ya se encontraba presente en las asambleas estamentales y diversos monarcas intentaron que los representantes de los burgos tuvieran sus cuadernos de instrucciones con los poderes más amplios que fuera posible).

### **Caracteres del mandato representativo**

El mandato representativo liberal presenta cuatro características esenciales. Es un mandato nacional, general o universal, no sujeto a instrucciones, y no responsable.

Es un mandato «nacional», por tanto se constituye de forma que el diputado no represente a su distrito o a electores concretos, sino a la nación como totalidad. La nación es un ente abstracto que evita referencias más concretas como las que pudieran realizarse a individuos o grupos, de donde podrían derivar consecuencias no queridas para la burguesía.

El mandato debe ser «general» o «universal», no limitado al encargo de cuestiones concretas y tasadas. Su ámbito material no puede quedar determinado de antemano. Se trata de liberar nuestro tiempo para dedicarlo a la esfera privada, luego el representante debe liberarnos de cualquier preocupación pública. Además, si no fuera así nos instalaríamos en la ingobernabilidad, al tener que quedar paralizado el parlamento para que nuestro representante evacuara consultas.

«Libre» o «no sujeto a instrucciones», porque no tendría sentido imponerlas si el representante sabe mejor que nosotros lo que más nos conviene, su mayor especialización le otorga más cualificación.

Como consecuencia de los anteriores caracteres el mandato es «no responsable», no cabe la exigencia de ningún tipo de responsabilidad, ni la revocación del representante. La única sanción es política y pro futuro: la no reelección en la siguiente consulta electoral.

### *c) Reformulaciones y ataques a la democracia representativa liberal*

Las reformulaciones surgen de la primera construcción jurídica de la representación, realizada por la escuela de derecho público alemana (LABAND, KELSEN, JELLINEK), que parte de la irrelevancia de las relaciones entre el estado y la sociedad y de presupuestos positivistas.

El estado es la única persona jurídica, el parlamento es su órgano constitucional, la nación es solo uno de los elementos del estado. El parlamento no es representante del pueblo, pues este no tiene personalidad jurídica, la relación entre ambos sujetos es de designación, pero sin relevancia jurídica.

La teoría negativa de KELSEN se puede sintetizar destacando que para el austríaco no hay una relación jurídica representativa entre el parlamento y el pueblo, este se limita a elegir a los parlamentarios. En realidad, la teoría política de la representación fundada en el dogma de la soberanía popular cumple la finalidad de legitimar el apartamiento real del pueblo de la función legislativa.

El parlamento, además, no puede ser a la vez órgano del estado y representación del pueblo. KELSEN distingue nítidamente entre la relación orgánica, como relación jurídica esencial o fundamental,

y la relación de representación, que es siempre creación del derecho positivo. De esta distinción solo cabe extraer que ambas relaciones, la orgánica y la de representación, son recíprocamente excluyentes, de manera que el órgano, por serlo, no es nunca representante y este, por serlo, no es nunca órgano, y la noción de órgano representativo es, desde el punto de vista jurídico, contradictoria y absurda, aunque su empleo pueda justificarse desde el punto de vista político.

Frente a KELSEN, la construcción de JELLINEK presenta un gran interés porque permite, como acertadamente señala el profesor RUBIO, introducir la representación en la teoría orgánica, al estimar que el parlamento es designado por el pueblo cuya voluntad expresa; luego aquel es un órgano secundario del estado creado por el pueblo que sería órgano primario. Al concebir a ambos sujetos como órganos posibilita un ámbito relacional no solo político sino jurídico y que no se limita temporalmente al momento electoral, pues permanece durante toda la legislatura. Lo que permite más fácilmente incrementar el contenido relacional de la representación, introduciendo en esta el momento democrático. Pese a que en el parlamento se encuentran presentes una pluralidad de grupos políticos, se logra alcanzar la necesaria unidad de voluntad del órgano en el momento de la decisión. Que esta se obtenga por imposición o consenso puede tener importancia política, pero jurídicamente es irrelevante. Finalmente, la pluralidad que JELLINEK reconoce al pueblo se reduce a unidad en el acto de la elección, ya que hay un objetivo común a todos los electores: la intención de crear la cámara en representación de la totalidad del pueblo.

Finalmente, habría que destacar que los ataques más fuertes a la democracia representativa liberal, además de la teoría negativa de KELSEN, provienen de los que afirman que con la irrupción de los modernos partidos de masas, el parlamento ya no es la representación del pueblo, así como de las democracias populares o plebiscitarias (LEIBHOLZ); en este último caso tanto empírica como teóricamente.

#### *d) La democracia representativa de partidos*

La democracia representativa de partidos (GARCÍA GUERRERO) aparece como teoría autónoma de la liberal, recuperando los antecedentes de las asambleas estamentales y la configuración de la democracia representativa en Francia antes de la asamblea constituyente.

Su deconstrucción es tributaria de la reformulación de JELLINEK con dos importantes matizaciones: En primer lugar, el parlamento

es la principal, pero no es la única organización jurídica del pueblo; este cuenta, además, con una pluralidad de partidos políticos. El parlamento es la representación del pueblo, en su conjunto, pero los diversos partidos políticos representan, asimismo, fracciones del pueblo en sus diversas opiniones. Esto conlleva, evidentemente, que los parlamentarios representen en la cámara a sus correspondientes partidos. En segundo lugar, y en muy directa relación con la anterior, cuando el parlamento adopta una decisión no solo reduce a la unidad las distintas opiniones de los grupos políticos presentes en el mismo, sino la pluralidad ideológica que el citado autor reconocía al pueblo.

### **Cambios en los argumentos que se contenían en el mandato representativo liberal**

Estas matizaciones encuentran justificación en las sustanciales variaciones que han sufrido los argumentos que explicaban y se contenían en la representación liberal, como a continuación se va a comprobar.

La ficción de la unidad de la voluntad popular ya no tiene que mantenerse, pues el principio democrático ya no pugna con el monárquico por la soberanía. La homogeneidad del parlamento donde se encontraba presente solo la clase burguesa permitía sostener la ficción, tras el paso del sufragio censitario al universal y la introducción de nuevas clases sociales en la cámara ya no es posible.

En realidad la voluntad popular es plural, tanto como sujetos componen el pueblo. Por ello, es necesario un largo y laborioso proceso de síntesis para transformar la pluralidad de voluntades populares en unidad. Este proceso comienza cuando la pluralidad, reconocida mediante el pluralismo político, se sintetiza en tantas voluntades populares como partidos políticos se crean. Más adelante, actuando el principio democrático en su principal vía, al elegir a los concretos representantes, las voluntades populares se sintetizan nuevamente en tantas como partidos políticos obtuvieron representación parlamentaria. Finalmente, aquí, en el parlamento, se produce la síntesis final, cuando este toma una decisión.

La integración de las voluntades sectoriales expresadas por agentes sociales y corporativos diversos se produce a lo largo del proceso de síntesis referido, bien en los partidos, cuando estos forman la voluntad popular, bien en sus grupos parlamentarios, que también contribuyen a formarla y a manifestarla, o bien

en el gobierno respaldado por uno o varios grupos. Estas organizaciones forman voluntades sectoriales, las manifiestan en los partidos políticos y, solo indirectamente, contribuyen a formar la voluntad popular.

A veces la voluntad única expresada por el parlamento y la del pueblo no coinciden. Ello se debe a que aquélla, en ocasiones, es producto del juego de la regla «de la mayoría y la minoría», pero, en otras, es fruto de un consenso, de una negociación entre partidos. Y, en otras, de la falta de democracia interna en estos.

El argumento de CONSTANT sobre que los ciudadanos modernos no quieren dedicar su tiempo a la esfera pública, merece reconsiderarse. Hoy, en la democracia representativa de partidos existe, además de los representantes, un importante sector de ciudadanos difícil de cuantificar que sí quieren dedicar su tiempo a la esfera pública. Habrá, pues, que instrumentar una doble participación política. Una primera dirigida a los que no quieren dedicar especial tiempo a la esfera pública y limitada a la elección de representantes y a esporádicas consultas de los institutos de democracia directa. Una segunda, dirigida a los ciudadanos que tienen una mayor propensión a la esfera pública. La participación política de estos encontraría un aumento cuantitativo y cualitativo en los partidos políticos.

El argumento de SIEYÈS para aplicar las técnicas de la división del trabajo a la política conserva plenamente su vigencia, siempre que se reconozca que hoy el representante no es el parlamentario sino el partido, el grupo parlamentario en el parlamento. En un mundo mucho más tecnificado y complejo la verdadera especialización y cualificación solo puede venir por el trabajo en equipo. Los partidos, sí quieren, sí pueden saber mejor que nosotros lo que nos conviene.

El último argumento trataba de evitar la paralización del parlamento en el lapso temporal que el representante utilizaba para evacuar consultas con sus representados. En la actualidad, la vigencia de esta razón pragmática debe examinarse en un doble ámbito. El argumento permanece en la relación representativa entre partido y electores, aunque ha perdido parte de su consistencia dado que el partido como representante cuenta con medios y estructura para recibir, mucho más rápidamente que el parlamentario, las instrucciones de sus votantes y militantes representados. En la relación representativa partido-parlamentario ha perdido toda su razón de ser. Materialmente, el parlamentario representante puede recibir prácticamente con carácter inmediato, las instrucciones del partido representado.

### **Conclusión: el doble mandato de la democracia representativa de partidos**

Estos cambios que han sufrido los argumentos que explicaban y se contenían en la representación liberal, han dado lugar a que el parlamento sea el único órgano que representa al pueblo en su conjunto, nunca podrán hacerlo los parlamentarios individualmente considerados. Estos no solo contribuyen a hacer posible esa representación global, sino que ejercen simultáneamente otra: la de sus partidos. Surge, así, un doble mandato.

El del partido respecto a sus electores, que frente al liberal incorporaría los mismos caracteres excepto el «nacional», pues el partido no representa a la nación sino a sus militantes y votantes.

El mandato del parlamentario respecto a su partido. Aquí, aquel no representa al conjunto de la nación y está limitado en su gestión por las instrucciones generales del partido que él ha contribuido a conformar democráticamente. Ante este tiene que rendir cuentas, política y jurídicamente, de su gestión. Por último, como el partido constituye un grupo está más cualificado. Todos estos argumentos explican que el segundo mandato no sea nacional, general, libre ni irresponsable.

Por tanto es predicable un cierto grado de imperatividad en el mandato de los parlamentarios respecto a los partidos. No lo sería de estos frente a los electores. Si así fuera se instauraría la más absoluta ingobernabilidad. Estas consecuencias no impiden reclamar un mayor grado de cumplimiento de los programas electorales, que en el juego de las relaciones parlamentario-partido desempeñarán un importante rol, y de la democracia interna en los partidos, sin ella la función de síntesis sería imposible y se llegaría a la partidocracia.

Esta construcción recibe indudablemente influencias de las democracias populares y de la plebiscitaria de LEIBHOLZ. Concretamente, de las primeras, surge que el partido pueda representar al pueblo, aunque en la democracia representativa de partidos sea solo una fracción de este. De la segunda, hay que reseñar la afirmación de LEIBHOLZ a propósito de que el elector de un partido no puede sentirse representado por otro.

### **El modelo de partido político de Estados Unidos y el de Europa se corresponden con la democracia representativa liberal y de partidos, respectivamente**

El partido político es una agrupación de ciudadanos en torno a un ideario, que valiéndose de una organización estable y

utilizando el método democrático, tanto *ad extra* como *ad intra*, pretenden organizar jurídica y políticamente su estado (GARCÍA GUERRERO).

Los primeros partidos políticos constitucionalizados fueron los totalitarios, de raíz fascista o marxista, pero la no utilización del método democrático los descarta del objeto de nuestro estudio. La falta de organización estable y la inexistencia de contienda electoral para determinar el ideario a aplicar en una sociedad determinada impiden considerar como partidos a ciertas agrupaciones que operaron antes del siglo XIX. Considerando estos presupuestos hay solo dos clases de partidos políticos: el europeo, que se corresponde con la democracia representativa de partidos; y el de los Estados Unidos de América, que responde a la democracia representativa liberal. Fuera de estos ámbitos territoriales es difícil precisar, sin un profundo estudio individualizado, qué modelo de partido tiene cada estado y cuáles adoptan la democracia representativa de partidos. En República Dominicana es muy posible que se adopte la democracia representativa de partidos y que su modelo de partido se corresponda con el europeo pese a tener una forma de gobierno presidencialista. También es posible que suceda otro tanto en México.

#### *El modelo de partido político europeo*

La función principal del modelo de partido político europeo es sintetizar las múltiples voluntades populares y manifestarlas en el parlamento con el objetivo de reducir las a una única voluntad estatal; lo que permite, además, hacer efectiva jurídicamente la soberanía residenciada en el pueblo. La voluntad del estado es única; sin embargo, la sociedad que alberga el estado es plural, social y territorialmente. Para transformar la pluralidad en unidad es necesario un largo proceso de síntesis y es aquí donde aparecen los partidos políticos. Las múltiples voluntades presentes en la sociedad, sus diversos idearios se aglutinan empleando el método democrático en torno a otros tantos partidos políticos. Se produce así la primera y más importante reducción de la pluralidad. En una segunda fase los partidos compiten democráticamente en la sociedad con sus diversos programas, de esta forma tiene lugar una segunda reducción de la pluralidad que viene dada por su ausencia o menor o mayor presencia en el parlamento. Finalmente, en este órgano se produce la completa reducción de la pluralidad a unidad o la síntesis final. La diversidad de voluntades presentes en el parlamento a través de los grupos parlamentarios de los



distintos partidos políticos se sintetizan en una única voluntad estatal por consenso o por aplicación de la regla de la mayoría y la minoría. Cumplen así la principal función que les asigna la democracia representativa de partidos.

Los partidos políticos, en directa relación, son utilizados gracias a su estructura y a la vinculación entre comité electoral, partido y grupo parlamentario por el sistema electoral para permitir que el parlamento sea fiel reflejo del pluralismo político existente en la sociedad. Su función de sintetizar la pluralidad de voluntades en unidad permite, igualmente, que puedan ser empleados instrumentalmente por aquellos ciudadanos que tienen una mayor propensión a dedicarse a los asuntos públicos. Los integrantes de estos partidos están sujetos a disciplina de partido y de grupo para que puedan cumplir su función. Su sistema de fuentes descansa en el principio de autonomía de la voluntad, que está limitada por las prescripciones contenidas en la Constitución y en las leyes. Su financiación es predominantemente pública; y finalmente su estructura es de abajo (municipio) a arriba (ámbito estatal), contando con el congreso como máximo órgano, la comisión permanente y la ejecutiva.

*El modelo de partido político de los Estados Unidos*

Estados Unidos no asistió a la lucha por la soberanía entre el monarca, la nobleza, la burguesía y las clases sociales más desfavorecidas. No tuvo que utilizar la ficción de la soberanía nacional como unidad alternativa al monarca, ni prohibir los partidos por el pluralismo político que expresan. En este contexto adoptó la democracia representativa liberal, identificando democracia con elección; estableció un sistema electoral mayoritario, la soberanía popular y la primera y más rápida extensión del sufragio universal; y creó una república presidencialista con rígida separación de poderes.

Estados Unidos deja en manos de los estados la regulación legislativa de los partidos, a excepción de lo concerniente a la financiación de candidatos y partidos en el ámbito electoral federal. En cada estado sus leyes determinan su estructura organizativa, así como la composición y formación de sus órganos; pese a ser importantes las diferencias entre los diversos estados pueden encontrarse suficientes elementos institucionales comunes. La regulación de la financiación, que es principalmente privada se recoge básicamente en la *Federal Election Campaign Act*.

Este partido político tiene como función principal presentar candidatos a las elecciones, elegidos en la mayor parte de los casos mediante primarias impuestas por la legislación estatal, y recabar para ellos el máximo apoyo electoral. Secundariamente, se ocupa de ofrecer a los candidatos un leve, indeterminado y ambiguo referente ideológico, así como enseñar a sus candidatos todo lo concerniente a la actividad política. Finalmente, proveen a los cargos electos de personas para ocupar la estructura política y administrativa con la que aquellos deben trabajar. Con todo, estas dos últimas funciones son muy residuales, la mayor diferencia respecto al partido europeo es que su función primordial es la electoral, ganar elecciones; dedicando muy poco tiempo y atención a la ideología, elaboración de programas o a ejercer el poder del gobierno, función esta última que corresponde a los cargos electos (SORAUF).

Los partidos políticos estadounidenses tienen un ideario, a modo de mínimo común denominador, aunque mucho más difuso que el de los partidos europeos y no hay un programa electoral de partido homologable al de éstos. Ello se debe al gran tamaño de los Estados Unidos y a que los muy diversos intereses económicos y sociales entre los distintos estados provocan que sea imposible realizar un programa político federal. Por esta razón, están más cerca los de dos candidatos de partidos distintos en un mismo estado que un hipotético programa federal, que debe tener la suficiente indeterminación como para no desagradar a ninguno; la dificultad es tan grande que el esfuerzo se realiza cada cuatro años, celebradas las elecciones la organización del partido federal se oscurece y deja pasar a los representantes del partido en el ejecutivo y legislativo. Cada parlamentario o candidato comparte en mayor o menor medida el ideario de su partido, pero presenta o puede presentar su propio programa.

El partido estadounidense no realiza funciones de síntesis, ni aspira a transformar la voluntad popular en estatal. En la democracia representativa liberal la función sintetizadora no se realiza a través de partidos, sino de personas y mediante una doble vía independiente entre sí: el parlamento y el ejecutivo.

La pluralidad de la sociedad americana se sintetiza en tantas voluntades como candidaturas se presentan; una nueva síntesis se produce al resultar elegido, de una parte, el presidente, y de otra, los legisladores. El primero ya está en condiciones de expresar una voluntad única, los segundos requieren una nueva reducción de la pluralidad alcanzada por consenso o atendiendo al principio de la mayoría y minoría.

En la tradición americana, siguiendo la estela del primer liberalismo británico, se confía en que la multiplicidad de intereses presentes en la sociedad encuentre reflejo en el parlamento a través de los diversos candidatos individuales. Como recuerda el profesor SOLOZÁBAL, siguiendo a PITKIN, en el pensamiento político anglosajón el interés general tiende a no plantearse en términos contrapuestos o extraños a los intereses particulares, sino como la resultante de su composición y ponderación, conseguida precisamente en el parlamento (esta concepción explica la legalización de los *lobbies* o grupos de presión y que la financiación privada a los candidatos sea predominante).

El componente individualista es profundo, SORAUF lo indica con claridad al destacar que «el electorado americano está siempre más dispuesto a dar su confianza a un hombre que a un partido [...] el elector en parte conscientemente, en parte en su subconsciente, juzga que quizá es mejor elegir un hombre que le da la mayor impresión de honestidad y capacidad, en cuanto que tal hombre sabrá usar su propio discernimiento para actuar de la forma que considere más justa».

El sistema constitucional responde a estas funciones de los partidos. Acoge la democracia representativa liberal, la república presidencialista con estricta separación entre el poder legislativo y ejecutivo, y su sistema electoral es el mayoritario.

Estas funciones principales influyen decisivamente también en su estructura territorial (órganos de abajo a arriba, sin predominio jerárquico de los superiores) e interna (el grupo parlamentario no depende jurídicamente del partido y puede haber un comité electoral diverso al de este); en las relaciones con los candidatos, representantes y militantes (no hay prácticamente disciplina de grupo ni de partido); en su naturaleza jurídica y regulación normativa; así como en su propia financiación.

## Descentralización administrativa: pequeño boceto

Andry MATILLA CORREA\*

*«Un pouvoir central, quelque éclairé, quelque savant qu'on l'imagine,  
ne peut embrasser à lui seul tous les détails de la vie d'un grand peuple.  
Il ne le peut, parce qu'un pareil travail excède les forces humaines.  
Lorsqu'il veut, par ses seuls soins, créer et faire fonctionner tant  
de ressorts divers, il se contente d'un résultat fort incomplet,  
ou s'épuise en inutiles efforts».*

*De la démocratie en Amérique, 1835.  
ALEXIS DE TOCQUEVILLE*

### Preliminares

Que la Administración Pública constituya una organización (un aparato o complejo organizado) dentro del marco del poder público, cuya función características es la gestión o satisfacción de los intereses generales (función administrativa), es afirmación que no parece ya hoy como generadora de controversias esenciales, al menos en sus contornos más generales.

Desde esa perspectiva como fenómeno organizacional y funcional, aquélla entra dentro de un perímetro mayor, como segmento, que es el de la organización y el ejercicio del poder público, cuya principal expresión, al día de hoy, sigue siendo el Estado.

Todo Estado —como complejo organizado en sí mismo— opera, tanto en lo espacial o territorial, como en lo funcional, como un sistema, sobre la base de cierto modo de organización, marcado por fundamentos y principios que resultan claves para la articulación de los componentes estructurales de ese sistema y para determinar su operación como unidad, en la búsqueda del cumplimiento de los fines existenciales que le animan y determinan. De ahí que la perspectiva de la organización del Estado, y en su caso de la Administración Pública, sea un ámbito de tan necesaria atención, como lo es la esfera de su funcionamiento; imbricadas ambas entre sí de modo indisoluble, aún cuando, --metodológicamente, puedan estudiarse por separado.

\*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).

En última instancia, y situándonos con un prisma de observación desde lo externo, puede verse que el Estado resulta una unidad existencial y funcional, que no es sino consecuencia o resultado de que la comunidad políticamente organizada que el mismo refleja constituye una unidad. Sin embargo, bajo el prisma interno, las experiencias concretas a lo largo de tanto tiempo de evolución del hombre en sociedad, nos revelan los mayores o menores grados de complejidad en los que se ha organizado y ha funcionado la comunidad políticamente organizada, resultado, a su vez, de los diferentes factores —de todo orden, donde lo histórico y lo cultural tienen lugar destacado— que marcan y determinan la vida de esa comunidad.

Más allá de la multiplicidad de experiencias en concreto, de todo ese andar organizado del poder público, especialmente a partir del proceso histórico de construcción y advenimiento del Estado Moderno, es posible sacar en claro que este se ha proyectado en dos grandes tendencias antitéticas: la centralizadora, que supone la organización del esquema de funcionamiento del poder público a partir de un único centro, superior —que en esencia es el Estado—, el cual asume el cumplimiento de las funciones públicas en todo el espacio territorial que abarca ese poder; y la descentralizadora, que supone la distribución del funcionamiento público entre el Estado y otras entidades de carácter público (con base territorial o no), configurando entonces la presencia y articulación de varios niveles o ejes de funcionamiento (con criterio territorial o no), en detrimento de la exclusiva existencia de uno solo, todo ello sin afectar la idea de unidad del fenómeno político-público y desde el mantenimiento por el Estado de ciertas competencias de vigilancia o control e intervención sobre los entes descentralizados, en razón de esa idea de unidad que subyace, en última instancia, en la base del planteamiento y operatividad del poder público.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> En aseveraciones de George JELLINEK, acuñadas hace más de un siglo: «De las necesidades y luchas de la vida política han nacido nuevos puntos de vista fructíferos para el desenvolvimiento y valoración de las relaciones estatistas. Entre estos han sido y son permanentes aquellas que han hecho conocer la importancia de la oposición entre la centralización y la descentralización de las funciones del Estado. El tipo de Estado para las escuelas ha sido el centralista, en el cual toda la actividad pública, o sea la que se sirve del imperium, parte del centro del Estado y a él vuelve; es decir, donde todo lo que cae dentro del círculo de Derecho Público corresponde a órganos cuya competencia, desde el punto de vista geográfico, se extiende a todo el territorio del Estado. A éste opone la nueva teoría el Estado descentralizado, en el cual los asuntos políticos sin ejecutados en mayor o menor escala por órganos o asociaciones políticas con competencia limitada a una

Vista así la cuestión, es posible comprenderse que la organización y funcionamiento del poder público (del Estado) puede plantearse desde los derroteros de un sistema centralizado (Estado centralizado) o desde los de un sistema descentralizado (Estado descentralizado).

Según explicaba — décadas atrás — Jean DABIN:

El poder político está centralizado cuando la autoridad que rige el Estado monopoliza, junto con el cuidado del bien público en todos los lugares, de todas las materias y en todos los aspectos, el poder de mando y el ejercicio de las funciones que caracterizan a la potestad pública. En consecuencia, solo esta autoridad gobierna a los hombres y administra las cosas; (...). Fuera de ella, no existe ninguna parcela de poder público, ni en forma de derecho propio, ni en forma de derecho concedido. Cedido nada, todo es «retenido».

El poder está descentralizado cuando, en variable medida, se admite que ciertos grupos más o menos naturales existentes en el seno del Estado — comunas, provincias, regiones, agrupamientos nacionales o corporativos — posean en propiedad determinados atributos de la potestad pública, que ejercitan por medio de órganos escogidos por ellos e independientes del Estado. Por este capítulo, la autoridad pública no padece fraccionamiento, ni desmembramiento, ni siquiera disminución. La autoridad del Estado, que en este caso toma el nombre de poder central, continúa subsistiendo plena e íntegra, y esta supremacía se señala, en la base, por ciertos derechos del Estado referentes a la estructura y funcionamiento de las autoridades descentralizadas; en la cúspide, por un derecho de vigilancia de todos sus actos. Así y todo, las autoridades secundarias, en su rango, participan de la potestad pública, y no en virtud de una mera delegación de la autoridad central (de la que fueran simples agentes), sino en el sentido de que el Estado se esfuma frente a ellas, dejándoles en algún momento el campo libre para efectuar, dentro del cuadro de la competencia que se las ha otorgado, y bajo el control del Estado, los actos de gobierno y administración que ellas juzguen oportunos. [...].<sup>2</sup>

localidad». George JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Traducción de Fernando DE LOS RÍOS URRUTI, 2da. edición, Compañía Editorial Continental, S.A., México, 1958, p. 510.

<sup>2</sup> Jean DABIN: *Teoría General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, Traducción de Héctor GONZÁLEZ URIBE y Jesús TORAL MORENO, 2da. edición, Editorial JUS, México, 1955, pp. 305 y 306.

Tanto la centralización como la descentralización, son –parafraseando a HAURIUO– «maneras de ser del Estado».<sup>3</sup> A su vez, son principios y técnicas jurídicamente trascendentes, que resultan contrastadas entre sí, y que se refieren a cómo se organiza y se maneja el poder público (el Estado) en función del cumplimiento eficaz de los fines que lo mueven, en un marco histórico concreto.<sup>4</sup> Al hablarse de centralización o descentralización del poder público, de lo que se habla es de criterios –en su caso, contrapuestos– de repartición del funcionamiento o de las competencias que integran ese poder, ya sea reuniéndolas en un solo centro o nivel central (Estado), ya distribuyéndolo entre los niveles central (Estado) y local (v. gr.: Municipio), o entre el Estado y otras entidades personalizadas de carácter público.<sup>5</sup> Y como salidas ubicadas en extremos contrapuestos de un mismo fenómeno, la aplicación de una de esas soluciones ha de llevar en la dirección contraria que señala la otra; o, lo que es igual, que la aplicación de una trasunta un movimiento inverso a la aplicación de la otra.

Sin embargo, nos queda claro que la centralización y la descentralización no resultan fines en sí mismas, sino son métodos para el alcance de determinados objetivos o fines del poder público; básicamente son artes para proveer eficiencia y eficacia en el ejercicio del poder público. Por lo que no se centraliza o descentraliza el poder público solo por el hecho de llegar a alcanzar una condición centralizada o descentralizada; sino que estas se llevan a cabo como métodos de disposición de medios para el cumplimiento de fines

<sup>3</sup> Maurice HAURIUO: voz «*Décentralisation*», en Léon BEQUET: *Répertoire de Droit Administrative*, avec le concours de Paul DUPRE, t. IX, Sociéte D'Imprimerie et Librairie Administratives et des Chemins de Fer, Paris, 1891, p. 472.

<sup>4</sup> Desde su concepción normativista, el austríaco Hans Kelsen acotaba que: «En principio, una comunidad jurídica descentralizada es aquella cuyo ordenamiento consiste única y exclusivamente en normas que valen para todo el territorio; mientras que, por el contrario, la idea de la comunidad jurídica descentralizada es aquella cuyo ordenamiento consta de normas que no valen sino para distintas partes del mismo [...]», Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, Traducción directa del alemán por Luis LEGAZ Y LACAMBRA, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, p. 215.

<sup>5</sup> Para ZIPPÉLIUS: «Los conceptos de “centralización” y “descentralización” aluden a un problema fundamental de la distribución adecuada de las funciones. En su amplio significado anterior, denotaban la tendencia en un Estado a concentrar las competencias en un organismo, o bien, a destruirlas entre una pluralidad de órganos estatales o sujetos administrativos autónomos». Reinhold ZIPPÉLIUS: *Teoría General del Estado. Ciencia de la Política*, Traducción directa del alemán por Héctor FIX-FIERRO, 5ta. edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, D.F., 2009, p. 92.

de poder público bajo criterios de buen funcionamiento de dicho poder. De ahí que centralización y descentralización cumplen, esencialmente, una función instrumental y no deben ser vistas solo como fines en sí mismas.

Como principios y técnicas jurídicamente trascendentes, y por lo que comprenden, la centralización y la descentralización son criterios que vienen a estar determinadas en su sustanciación, aplicación y alcance por necesidades socio-políticas y por visiones e interpretaciones que rigen el ejercicio del poder público, según se manifiesten en un contexto histórico dado.

En apreciaciones de George JELLINEK:

[...] La exigencia de que la unidad del Estado se muestre en la unidad del gobierno central, no era desconocida ya en los primeros tiempos de la Edad Media; [...] el sistema feudal crea, juntamente con los órganos subordinados del gobierno central, poderes locales independientes, cuyos orígenes desaparecen en los recuerdos históricos del poder supremo del Estado. La admirable reorganización del Estado inglés, debida a Guillermo el Conquistador, nos ofrece el ejemplo primero de una centralización muy avanzada en medio de un mundo político desmembrado por causa del poder independiente de los grandes señores. En el continente, Francia es la primera que con el progreso del poder real pugna por alcanzar la unidad del Estado mediante la unidad de la administración. En los demás Estados, lo que conduce a una superación del sistema provincial también es el impulso del príncipe por reunir las fuerzas de la comunidad, en vista especialmente de fines militares y económicos, y por destruir las oposiciones interiores y unir a la dinastía, y por consiguiente, al Estado todas las partes del territorio. [...].<sup>6</sup>

Apelar a la clave histórica en estos temas, aunque sea en mínimos acordes, nos permite advertir, desde la experiencia vivida, que la centralización y la descentralización han desempeñado su papel, según el caso, en momentos diversos del proceso de evolución del poder público,<sup>7</sup> y, especialmente, de la moderna formación estatal.

<sup>6</sup> George JELLINEK: *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 516.

<sup>7</sup> El uruguayo Aparicio MÉNDEZ señalaba que: «El proceso histórico de los regímenes institucionales nos demuestra que estos son el resultado de una larga evolución que denuncia la pugna constante entre fuerzas que tienden a concentrar poderes jurídicos en un solo centro y las que pretenden dispersarlos en diversos centros sin llegar a destruir la integridad estática. La historia registra a través de siglos los avances de estas tendencias; el apego de una significaba inexorablemente, el



En ese plano, recordaba Jean DABIN que:

[...], así fue como sucedieron las cosas en el caso de todas las agrupaciones políticas, especialmente del Estado moderno: el movimiento que llevó hacia el Estado fue un movimiento hacia la centralización. [...] Centralización que no solo fue territorial, por extensión del poder del Estado a porciones cada vez más amplias del territorio, sino también material, por extensión de la competencia estatal a una serie de intereses que hasta entonces incumbían a poderes especiales y autónomos: los intereses de la caridad, la ciencia, los oficios, reservados a las instituciones caritativas, a las universidades, a los cuerpos profesionales.<sup>8</sup>

A lo que podemos agregar el recuerdo de unas conclusiones de Maurice HAURIUO, en el orden del valor en su momento de la centralización, en las que acogía: «La centralización de la nación, movimiento operado bajo la doble acción del poder gubernamental del Estado y de la idea del Estado, en una época de discusión y de crítica, concluye en una reorganización racional de la nación».<sup>9</sup>

De tal suerte, lo que trasunta el planteamiento centralización-descentralización del poder público en sus diferentes aristas, es cuestión a no desdeñar bajo ningún concepto, pues hace a las bases de esa organización y funcionamiento del Estado. Pero, además, resulta trascendente en cuanto a la calidad del ejercicio del poder público se refiere, a su buen funcionamiento, pues deviene pilar para la consecución de los fines existenciales que animan ese poder, bajo los criterios de consecución que hoy se exigen a los efectos de la realización humana en el marco de una comunidad políticamente organizada.

Con esa mira, es posible evocar las palabras de Peter HÄBERLE, cuando colegía:

retroceso de la otra. Así, las fuerzas centralizadoras llegaron a imponerse en forma tal que alcanzaron su máxima expresión en los siglos XVII y XVIII en Europa. En otras oportunidades, las fuerzas descentralizadoras acentuaron tanto la dispersión de poderes que llegaron a comprometer seriamente la unidad misma del Estado". Aparicio MÉNDEZ: *Los Entes Autónomos en la Descentralización Funcional Uruguaya*, Amalio M. Fernández, Librería Editorial A.M.F., Montevideo, 1971, p 15.

---

<sup>8</sup> Jean DABIN: *Teoría General del Estado...*, ob. cit., pp. 309 y 310.

<sup>9</sup> Maurice HAURIUO: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos RUIZ DEL CASTILLO, Instituto Editorial REUS, Madrid, 1927, p. 42.

[...] Los tiempos del Estado unitario, centralista han concluido probablemente para el Estado constitucional como tipo. En la medida en que dicho Estado se conciba fundado en los derechos humanos y ciudadanos, en que se descubra su pluralidad cultural interna, tome en serio la democracia en lo pequeño y local, y reconozca el valor de todos los tipos de división del poder, en tal medida se diversifica en sentido federal o regional.<sup>10</sup>

Razonamientos como esos, nos conducen hacia otro aspecto no menos importante, que no es sino el hecho de que el binomio centralización-descentralización, en el perímetro de la organización y ejercicio del poder público, plantea una toma de posición sobre el manejo y consecución de los intereses de la comunidad políticamente organizada.

No caben dudas que en el seno de esa comunidad se dan intereses plurales, en diverso grado, con variadas determinaciones, que hacen parte del contenido de los intereses que esa comunidad encarna como universo. Por lo que la acción de tender hacia la centralización o hacia la descentralización de ese poder, trasunta el entendimiento de que el manejo y consecución de esos intereses debe estar, preponderantemente, en manos del Estado, como aparato central, como nivel de organización de la acción para su alcance y como actor principalísimo del proceso, primando la dimensión central de esos intereses sobre otro tipo; o que ello no es (ni debe ser) solo tarea del Estado, del aparato central que encarna, ni del nivel de organización que refiere, sino que en ello deben participar como actores, con espacio propio, y en articulación con la actuación del Estado como nivel central o superior, otras expresiones organizadas del poder público, o no necesariamente de él, que resultan de encarnar y actuar intereses públicos locales o sectoriales y, especialmente, los ciudadanos con un rol activo y directo en la mayor medida posible<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Peter HÄBERLE: *El Estado Constitucional*, Estudio Introductorio de Diego VALADÉS, Traducción e índices de Hector FIX-FIERRO, 1ra. reimpresión de la 1ra. edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2003, p. 30.

<sup>11</sup> Para el francés Charles DEBBASCH: «La descentralización descansa sobre la idea de la gestión por los administrados de los asuntos que les conciernen más directamente». Charles DEBBASCH: *Ciencia Administrativa. Administración pública*, Traducción José Antonio COLÁS LEBLANC, 2da. edición, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1981, p. 162.

Y es que, si la comunidad políticamente organizada es una unidad en la que, hacia su interior, existen e interactúan intereses plurales, no se debe perder de vista dicha pluralidad al tiempo de diseñar el universo estructural sobre el que se organiza y opera esa comunidad; y se ha de marcar de forma plural su manejo, con el protagonismo correspondiente de todos los actores políticos y administrativos, sin abandonar ni desarticular el sentido de unidad de aquella.

De otro lado, el tema centralización-descentralización atañe además a la democracia, como discurso y como realidad, en tanto esta última es un modo de organización y de conducción política de la comunidad políticamente organizada. En esa cuerda argumental, considérese que con la centralización o la descentralización se pone en juego además la distancia entre los ciudadanos y los mecanismos de actuación del poder público, en función del acceso, participación e incidencia efectiva de los primeros en estos últimos;<sup>12</sup> así como la composición y alcance de esos mecanismos, en la medida que en uno y otro modelo ha de hacer que dichos dispositivos sean más o menos cercanos al ciudadano, más o menos diversos y más o menos extendidos en su alcance.<sup>13</sup>

En tal sentido, se ha concluido con acierto que «[...] Mientras más descentralizado esté el poder político de decisión, será más extenso, en general, el campo para un compromiso político propio de los ciudadanos».<sup>14</sup>

<sup>12</sup> No está de más recordar el axioma que formulaba el profesor francés Maurice HAURIUO en los siguientes términos: «Podemos formular el siguiente axioma político: el poder minoritario de gobierno es un poder centralizador, él ha retenido toda la fuerza centralizadora del Estado; por lo contrario, la soberanía nacional es un poder descentralizador, por lo mismo que es un poder que se reintegra a la nación, formación esencialmente descentralizada». Más adelante, el exdecano de Toulouse acotaba: «El movimiento de descentralización se afirma, pues, como una, nueva posesión por la soberanía nacional, con su poder mayoritario, del poder minoritario del gobierno central. Así se acusa la separación y el antagonismo de estas dos formas del poder, y que se ha señalado ya varias veces; al mismo tiempo, se revela el hecho de que el poder minoritario se alía con la centralización, y el poder mayoritario con la descentralización». Maurice HAURIUO: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, ob. cit., pp. 272 y 273.

<sup>13</sup> Nuevamente acudamos a HAURIUO, cuando escribió en la primera parte del siglo XX: «[...] las democracias marchan hacia la descentralización por una necesidad del poder mayoritario de la soberanía nacional. Es interesante acreditarlo así para poder constituir reservas esenciales a favor de la centralización, a fin de que el poder mayoritario que debe limitarse a participar en la acción del poder minoritario no rebase en el gobierno local el papel de simple participante, del mismo modo que no debe rebasarlo en el gobierno central». Maurice HAURIUO: *Principios de Derecho Público y Constitucional*, ob. cit., p. 274.

<sup>14</sup> Reinhold ZIPPELIUS: *Teoría General del Estado...*, ob. cit., p. 182. Para Georges BURDEAU, la descentralización «[...] es un instrumento de libertad, puesto que

En resumidas cuentas, todo el mar de realidades que pueda convocarse a propósito de la centralización y la descentralización del poder público, es testimonio de que estos fenómenos han operado según las circunstancias de la vida socio-política, revelando aciertos y desaciertos en su aplicación, y generando argumentos que han ponderado la superioridad y — por ende — preferencia de la una sobre la otra. Pero advirtiéndonos que, en la realidad de las cosas, no se llega al triunfo absoluto de la una sobre la otra.

Como criterios que señalan extremos contrapuestos del fenómeno de organización del poder público, la centralización y la descentralización pueden manifestarse señalando diversos grados de intensidad en su concreción; esto es: modelos o sistemas más o menos centralizados, o más o menos descentralizados. Y la experiencia histórica ha demostrado que esos extremos (centralización y descentralización) en la organización del poder, al menos en las sociedades de mayor complejidad organizacional, no se han alcanzado o practicado en sus estados más puros, perfectos, plenos o absolutos; sino que lo que se ha dado es cierta coexistencia de mecanismos de uno con resortes del otro, aunque en proporciones variables que pueden llevar a un mayor o menor grado de centralización o de descentralización.

Por eso es que la doctrina se refiere a la centralización y a la descentralización como tipos de organización hipotéticos, teóricos,<sup>15</sup> ideales,<sup>16</sup> abstractos, relativos; evidenciando que solo en ese plano de abstracción, teórico o ideal es que se pueden presentar puramente o

acerca el origen de la norma a los individuos a las que está llamada a aplicarse. [...]»; Georges BURDEAU: *Tratado de Ciencia Política*, t. II, *El Estado*, volumen II, *Las formas del Estado*, Coordinación, revisión y notas de la traducción, Enrique SERNA ELIZONDO, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1985, p. 57. Ya decía Georges VEDEL, por su lado, que: «[...] la descentralización tiene valor democrático, ya que se reduce a que los propios interesados, ya sea por ellos mismo, ya por medio de sus representantes, decidan sobre el máximo de asuntos»; Georges VEDEL: *Derecho Administrativo*, 1ra. edición, traducción de la 6ta. edición francesa por Juan RINCÓN JURADO, Aguilar S.A., Madrid, 1980, p. 539.

<sup>15</sup> En conclusión de JELLINEK: «[...] el Estado centralista, [...], solo puede ser considerado como tipo teórico, pero no como tipo real. Toda división de un Estado en círculos territoriales para los fines de la gestión administrativa y de derecho, lleva necesariamente consigo efectos descentralizadores. [...]»; George JELLINEK: *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 515 y 516.

<sup>16</sup> En opinión de KELSEN: «[...] Los Estado históricos, esto es, los órdenes jurídicos positivos de cada Estado, no han sido ni plenamente centralizados ni descentralizados por completo; siempre ha habido en ellos una parte de centralización y otra de descentralización, habiéndose aproximado más o menos, según los casos, a uno u otro de estos tipos ideales»; Hans KELSEN: *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 215.

en estado puro, pues en el plano de la realidad uno y otro no se dan sino con «impurezas» «imperfecciones», «adulteraciones» o matices provenientes del sistema de contraste.

Desde nuestra percepción, todas las experiencias vividas y el debate en torno a la pertenencia y beneficios de la centralización o la descentralización, nos han dejado como lección para la actualidad, en lo que involucran para la organización y el funcionamiento del poder público, que no hay fórmula adecuada sin matices. El reto aquí ha estado —en tanto que las cuestiones que la centralización y descentralización dejan ver hacen a aspectos esenciales de la organización y el funcionamiento del Estado—, en la determinación y puesta en práctica de la dosis o proporción correspondiente de centralización y de descentralización en un contexto dado, para lograr una composición adecuada a los efectos de proveer con acierto al buen funcionamiento del poder público.<sup>17</sup>

En este sentido, sabiamente se ha señalado en la doctrina francesa que «*L'un des grands problèmes de l'organisation de l'État est celui de savoir quel équilibre il convient de réaliser entre centralisation et décentralisation*».<sup>18</sup>

En consecuencia, y a la luz de todas las condicionantes y aspiraciones que al día de hoy determinan y reflejan la organización de la comunidad políticamente organizada y su desenvolvimiento jurídico, la clave para ese equilibrio en el modo de estructuración y operatividad del poder público que se aplique, según el contexto histórico y cultural de que se trate, estará, quizás, no en hacer prevalecer a ultranza la descentralización por sobre la centralización, sino en diseñar y poner en práctica un sistema donde «haya tanta descentralización como sea posible, articulada con mecanismos centralizadores según sean necesarios».

No le faltaba razón al español Aurelio GUAITA cuando indicaba que «El binomio centralización-descentralización comporta un grave problema de prudencia política —no solo de eficacia y de técnica organizativa— y ni en todos los países ni en todas las épocas de un mismo país puede resolverse del mismo modo [...]».<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Según reflexionaba ZIPPELIUS: «La solución para el problema de la descentralización democrática tampoco se encuentra en el extremo opuesto, sino que es necesario hallar, según el caso, un modelo de organización que ofrezca un compromiso óptimo entre los méritos de la descentralización política y organizativa, por un lado, y las necesidades y ventajas de la regulación centralizada, por el otro»; Reinhold ZIPPELIUS: *Teoría General del Estado...*, ob. cit., p. 92.

<sup>18</sup> Jean RIVERO y Jean WALINE: *Droit Administratif*, 20e. édition, Éditions Dalloz, Paris, 2004, p. 37.

<sup>19</sup> Aurelio GUAITA: *División territorial y descentralización*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1975, p. 263.

Ahora bien, la doctrina ha estado de acuerdo en aceptar que, como sistemas, aún cuando se pueden dar o constatar en alguna zona en particular del poder público, la centralización y la descentralización no se refieren necesariamente solo a uno de los segmentos que involucra la organización de ese poder y las funciones en que este se revela, sino que pueden darse en cualquiera o en todos los segmentos en los que se estructura y funciona el Estado. Sin embargo, los planos fundamentales de atención por parte del pensamiento jurídico, han estado anclados, básicamente, en lo político y en lo administrativo, y especialmente en el segundo.

Una afirmación de ese tipo nos sirve para dar paso de una vez, y luego de estas líneas preliminares que se tornan ya extensas, al tema principal sobre el que pretendemos dirigir la mirada en lo que sigue, y que no es otra cosa que la descentralización administrativa.

### **Sobre la descentralización administrativa**

En la literatura jurídica, se ha llamado la atención sobre el hecho de que la idea de descentralización puede referirse a planos diversos como pueden ser la descentralización política, la descentralización administrativa, las llamadas descentralización social y descentralización jurídica, la descentralización fiscal, la descentralización económica. Distinciones de ese tipo responden a diversas perspectivas (no solo jurídicas), pero han sido la descentralización política y la administrativa las que más atención han suscitado, con perfiles de distinción entre ellas.<sup>20</sup>

Con independencia de que se distinga entre descentralización política y descentralización administrativa, ello no quiere decir, cuando se estudie jurídicamente el tema en cuestión, que la segunda debe estar de espaldas al plano político, pues toda descentralización de este tipo tiene, en alguna medida, una connotación política, debido a que en ella se plantea directamente, en el ángulo administrativo público, la organización, el manejo y la participación en la realización de los intereses comunes a los que debe servir el aparato administrativo, y también, el poder público.

<sup>20</sup> Para Jean DABIN: «[...] la descentralización, de naturaleza política afecta al poder público en su actividad esencial, en cuanto domina a los súbditos por las tres funciones del gobierno y administración, de la legislación y de la jurisdicción. Así es como puede hablarse en justicia de un sistema de gobierno local y no únicamente de administración local: en su esfera y rango, la colectividad local ejerce un verdadero poder de gobernación»; Jean DABIN: *Teoría General del Estado...*, ob. cit., pp. 308 y 309.

Aunque nada ha impedido a los autores reconocer que, en sentido general, la descentralización (y la centralización, como fenómeno contrapuesto) no tiene por qué circunscribirse solo al plano de la función administrativa, sino que puede extenderse a otras funciones estatales o públicas,<sup>21</sup> lo cierto es que ha sido el plano administrativo el eje fundamental de las miradas y análisis cuando se habla de descentralización, constituyendo su terreno de anclaje más usual. Incluso, se ha llegado a indicar que la es la que se considera cuando se habla del sentido estricto de la noción de descentralización.<sup>22</sup>

No caben dudas que es en el plano de lo administrativo donde se dan las mayores complejidades y la mayor carga de riqueza para las cuestiones teórico-prácticas que plantea el tema de la descentralización, en tanto ese plano abarca el universo institucional-funcional más complejo dentro del cosmos que conforma la organización y el funcionamiento del poder público.

En un interesante trabajo fechado décadas atrás, el profesor Gaspar ARIÑO ORTIZ calificaba al tema centralización-descentralización como uno de esos temas constantes en nuestra disciplina (el Derecho Administrativo), al que todo administrativista debe rendirle, en alguna ocasión, tributo de atención y reflexión personal. Para este español, el que refería era, además de tema constante, candente, polémico, en cuanto político; y advertía que, por tanto, convenía acercarse a él con cautela, tratando de separar lo que es de técnica jurídica, esto es, lo que tiene de Derecho Administrativo y corresponde, por tanto, estudiar a un jurista, de todo lo que son factores ideológicos, económicos, o puramente políticos, que son, en sí mismo, ajenos a él.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Escribía hace más de un siglo JELLINEK que: «Todas las funciones materiales del Estado pueden ser centralizadas y descentralizadas. El término "autonomía administrativa", que solo indica un modo posible de descentralización, encubre este hecho: hay, junto a la descentralización de la administración, la de la legislación y la de la jurisdicción. [...]»; George JELLINEK: *Teoría General del Estado*, ob. cit., p. 515. En otra antigua obra iuspublisista, por ejemplo, se reconocía que: «[...] Todas las funciones que competen materialmente al Estado, sin excluir la Legislación y la Justicia, pueden hallarse centralizadas o descentralizadas. [...]»; Oskar Georg FISCHBACH: *Derecho político general y constitucional comparado*, traducción y ampliación de Wenceslao ROCES, Editorial Labor, S.A., Madrid-Buenos Aires, 1928, pp. 253 y 254.

<sup>22</sup> Por ejemplo, para Antonio ROYO-VILLANOVA: «[...] la descentralización en sentido estricto, no se refiere a la dosis de integración política, ni al cuánto de injerencia social del Estado, sino a la manera cómo ha de realizarse la actividad administrativa y a la distribución de la misma en sus diversos órganos»; Antonio ROYO-VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, 21ra. edición corregida y aumentada por Segismundo ROYO-VILLANOVA, Librería Santarén, Valladolid, 1948, p. 283.

<sup>23</sup> Gaspar ARIÑO ORTIZ: «Realidad y dogmática de la descentralización. Notas para la delimitación de un concepto», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor López*

### Una nota desde la mirada de lo histórico

Apelando nuevamente al recurso de la historia, no puede echarse al olvido, tal como lo ha venido destacado desde hace dos siglos la mejor doctrina iuspublicista, que el proceso de construcción del Estado Moderno resultó también un proceso de búsqueda y logro de la unidad política, y vino de la mano de un movimiento gradual de centralización política y administrativa que se convirtió en factor importante de consecución y garantía de alcance de las primeras aspiraciones que movieron la construcción de ese Estado Moderno.

De ese proceso de construcción histórica de la moderna formación estatal, apelando a los resortes de la centralización, emergió también la Administración Pública como aparato dentro de la estructura estatal con un ámbito existencial propio y diferenciado de los otros segmentos de la estructura del poder estatal.

Por lo que la existencia de la Administración Pública como aparato, junto al proceso de centralización administrativa que se venía dando en Francia desde el Antiguo Régimen, y cuya fase final hubo de darse a fines del siglo XVIII y los primeros alientos del XIX, bajo los auspicios, especialmente, de la obra napoleónica,<sup>24</sup> han de

*Rodó*, volumen I, Universidad de Santiago de Compostela, Universidad Complutense, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, pp. 175 y 176; también en su libro *Descentralización y planificación*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1972, pp. 17 y 18. En un trabajo posterior, ARIÑO ORTIZ volvía sobre la idea de que: «Un estudio jurídico del principio de descentralización debe limpiarse, en la medida de lo posible, de la maraña política que a veces acompaña estos temas. Las críticas políticas o ideológicas deben quedar al margen en un estudio jurídico, aun cuando deba resaltarse el sentido político —medular— de la auténtica descentralización administrativa, que es este: la participación de los gobernados en las tareas de gobierno, no en vía parlamentaria, sino en vía administrativa, a través de su inserción en las estructuras y centros de decisión de la Administración pública»; Gaspar ARIÑO ORTIZ: «Principios de descentralización y desconcentración», en *Documentación Administrativa*, no. 214, *Administración y Constitución: los principios de descentralización y desconcentración*, abril-junio, 1988, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 13.

<sup>24</sup> En este sentido, DE CORMENIN llegó a afirmar de modo grandilocuente: «*Si la Centralisation n'eût pas existé, Napoléon l'eût inventée. [...]*»; TIMON (M. DE CORMENIN): *De la centralisation*, Deuxième édition, Pagnerre, Éditeur, Paris, 1842, p. 23. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA advertiría sobre el legado de Napoleón BONAPARTE: «La centralización fue consumada por él definitivamente, prestándola la estructura de hierro de los Prefectos y de los Subprefectos, corrigiendo el vasto desorden que habían sido los intentos de organización territorial de los revolucionarios y estableciendo la nueva figura del régimen local que dura en lo esencial hasta nuestros días. [...]»; Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Revolución francesa y administración contemporánea*, Cuadernos Taurus, Taurus Ediciones, S.A., Madrid, 1972, p. 79.



ser dos elementos sustanciales que, junto a otros, van a operar el surgimiento del régimen administrativo en ese país, y en ello la emergencia del Derecho Administrativo como ámbito jurídico. Con lo que el modelo francés pasaría a ser el primer gran arquetipo, marcando influencias en su entorno geográfico y cultural.

Claro está, esa centralización administrativa, como dejó al descubierto Alexis DE TOCQUEVILLE con su aguda mirada sobre Francia, se venía dando ya desde tiempo antes de que se configurara el proceso revolucionario francés de finales del siglo XVIII.<sup>25</sup> Aunque, se entiende que con este proceso emergió la centralización como factor de consolidación de la Revolución francesa y su obra,<sup>26</sup> operando en Francia mucho más allá de que se apagarán en el tiempo los ecos revolucionarios y determinado que esa centralización fuera vista, al menos en el siglo XIX, como factor de progreso político, administrativo y, en general, social.<sup>27</sup>

La importancia de la centralización en Francia para su esquema de organización y funcionamiento administrativo que cristaliza a finales del siglo XVIII y principios del XIX, ha sido tenida en tal grado, que uno de los pioneros franceses del Derecho Administrativo, resultaba categórico al decir — en la primera mitad de la etapa decimonónica — que «la centralización explica la Francia administrativa».<sup>28</sup>

Endefinitiva, el modelo francés de organización y funcionamiento administrativo que quedó establecido para inicios del siglo XIX, como resultado de la particular evolución histórica de ese país,<sup>29</sup> se

<sup>25</sup> En una de sus obras fundamentales Alexis DE TOCQUEVILLE demostró — y así denominó a uno de los capítulos, el II, del Libro II, de una de sus importantes obras escritas — «Que la centralización administrativa es una institución del Antiguo Régimen, y no obra de la Revolución ni del Imperio según se dice». Alexis DE TOCQUEVILLE: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, traducción de Jorge FERREIRO, 1ra. edición en español, Fondo de Cultura Económica, S.A., México D.F., 1996, p. 119.

<sup>26</sup> Según advirtió DE TOCQUEVILLE: «La Revolución democrática, que destruyó tantas instituciones del Antiguo Régimen, debía entonces consolidarse, y la centralización encajaba de manera tan natural en la sociedad que había formado esa misma revolución que fácilmente se llegó a considerarla como una de sus obras»; Alexis De Tocqueville: *El Antiguo Régimen...*, ob. cit., p. 146.

<sup>27</sup> En una célebre y recurrida frase, DUPONT-WHITE, acuñaba en pleno tiempo decimonónico: «*Il ne paraît pas que la Centralisation ait cessé d'être nécessaire et de rendre des services. C'est elle qui de nos jours a couvert la France d'écoles primaires et de chemins vicinaux. [...]*»; DUPONT-WHITE: *La centralisation suite de l'individu et l'État*, Librairie de Guillaumin et Cie, Éditeurs, Paris, 1860, p. 346.

<sup>28</sup> TIMON (M. DE CORMENIN): *De la centralisation*, ob. cit., p. 7; también en: DE CORMENIN: *Droit Administrative*, t. I, Cinquième Édition, Revue et augmentée, Pagnerre, Éditeur de la Bibliothèque des Arts et Métiers, Paris, 1840, p. I.

<sup>29</sup> Maurice HAURIUO destacaba: «[...] Sin ser un admirador apasionado de nuestra centralización, parece lícito constatar que es el resultado de una evolución que se remonta a épocas muy lejanas de nuestra historia, que se ha desarrollado bajo

convirtió en prototipo de centralización administrativa. Y Francia, por el grado de centralización administrativa que mostró al mundo en los primeros tiempos de vida del Estado liberal burgués decimonónico, hubo de ser tenida desde esa época como «ejemplo de centralización en la época moderna»<sup>30</sup> o como «el modelo más acabado de centralización».<sup>31</sup>

En el contexto que típicamente va a marcar el siglo XIX para el perímetro continental europeo, y a raíz tanto de las características del Estado liberal burgués (Estado gendarme, esencialmente abstencionista y primordialmente enfocado en la garantía del orden interior, de la defensa nacional y de la justicia) en ese entorno, y de la Administración Pública que este proyectaba —con todo y el predominio de la centralización administrativa en el panorama decimonónico de aquel contexto continental—,<sup>32</sup> el ámbito de descentralización administrativa que básicamente se aplica ha de ser el territorial, esto es, hacia las corporaciones locales o territoriales (v. gr.: comunas, municipios).

Sin embargo, hacia finales del siglo XIX, en el perímetro europeo ya aludido —y especialmente en Francia—, se hace visible un movimiento (que hubo de manifestarse en diversos países, según sus realidades históricas) en pos de replantearse, dentro de un marco de reforma administrativa, el valor del modelo de centralización que se venía aplicando allí donde se estuviera dando, frente al

los regímenes políticos más diversos y a través de las épocas más tormentosas, y que, por consiguiente, debe responder a algún tipo de necesidad. No nos enredemos en principios políticos discutible ni con consideraciones lejanas; observemos los hechos inmediatos»; Maurice HAURIUO: «La centralización francesa», Prefacio de la 9na. edición (1919), de sus *Précis de Droit Administratif de Droit Public*, incluido en Maurice HAURIUO, *Obra escogida*, traducción de Juan A. SANTAMARÍA PASTOR y Santiago MUÑOZ MACHADO, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 109.

<sup>30</sup> José DE POSADA DE HERRERA: *Lecciones de Administración*, trasladadas por sus discípulos D. Juan Antonio DE RASCON, D. FRANCISCO DE PAULA MADRAZO y D. Juan PÉREZ CALBÓ, t. I, Establecimiento tipográfico calle del Sordo, no. 11, Madrid, 1943, p. 36.

<sup>31</sup> Jacinto FELIU Y FERRÁ: *Centralización: medios eficaces de conciliar el principio de la centralización administrativa con el espíritu de los gobiernos constitucionales*. Discurso leído ante el claustro de la Universidad Central en el solemne acto de recibir la investidura de doctor en Derecho Administrativo, Imprenta a cargo de Joaquín Muñoz, Madrid, 1866, p. 17. Este autor señalaba además que Francia había «llevado la aplicación del principio centralizador hasta la exageración».

<sup>32</sup> El profesor español Ramón MARTÍN MATEO hubo de calificar al siglo XIX como de un «carácter netamente centralizador». Ramón MARTÍN MATEO: *El horizonte de la descentralización*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969, p. 12.

agotamiento del mismo como vía para dar respuesta efectiva a las necesidades que iba devalando el espacio social y que marcaban la organización y funcionamiento del aparato público. Esto tiene que ver también con el proceso de transformación y agotamiento del Estado liberal burgués y de su arquetipo de Administración Pública; y la tendencia a la complejización en el funcionamiento público por el ensanchamiento de sus fines y sus técnicas jurídicas, orientando el rumbo hacia un mayor intervencionismo del Estado (de la Administración Pública) en la gestión directa de los intereses colectivos. Todo lo cual comenzaba a evidenciar la necesidad de practicar nuevas dinámicas en la organización administrativa.

En ese ambiente finisecular decimonónico, y luego en los primeros lustros del siglo *xx*, el camino que hubo de señalarse —por supuesto, no sin polémica— fue el de pretender mirar hacia la descentralización, como solución contraria o contrapuesta a la centralización, buscando rectificar las insuficiencias que había puesto de manifiesto la aplicación de esta última. Pero, también, como manera de encarar al crecimiento de las tareas y fines del Estado, cuyo aparato centralizado quedaba insuficiente para hacer frente, de modo eficaz, a la proliferación de servicios públicos, imponiéndose la necesidad de la diversificación de los resortes públicos.

En esa cuerda de ideas, León DUGUIT, con su peculiar mira e interpretación de las cosas, explicaba la situación, en el clarear del siglo *xx*, en los siguientes términos:

Mientras al Estado solo se le pedía que administrase justicia, garantizase la seguridad interior y la protección en el exterior, la necesidad de la descentralización no se imponía, y los gobernantes, poseedores de la mayor fuerza, podían cumplir, por sí mismo o mediante sus agentes directos, esta misión de justicia, de protección, de seguridad. Pero cuando el hombre moderno, luego que ha adquirido una conciencia clara de la independencia social que une a todos los miembros del grupo, gobernados y gobernantes, ha reconocido en estos el deber de asegurar el desempeño o cumplimiento de tareas diversas en todos los órdenes de la vida humana, forzosamente tenía que producirse una tendencia descentralizadora. Los gobernantes, que no son más que tenedores de la mayor fuerza, no pueden realizar esos diversos trabajos por sí mismos ni por medio de agentes directos. Y siendo así, serán necesariamente ejecutados aquellos por grupos de individuos que tienen una cierta independencia respecto de los gobernantes, e imprimen el impulso al servicios, hasta dirigiéndole, pero con la intervención

y bajo la vigilancia de los gobernantes y de sus agentes. En eso precisamente consiste la descentralización.<sup>33</sup>

Empujada por la fuerza de las circunstancias y de las necesidades socio-políticas, va cristalizando así, como nueva realidad —al menos esa realidad no fue propia o características de la etapa que en lo administrativo se abrió y desarrollo luego de la Revolución francesa y una vez establecido el Estado liberal burgués como modelo—,<sup>34</sup> tanto en lo general, como en lo particular de los fenómenos organizacionales y la dinámica de relaciones en que se concretaba, un modo de descentralización administrativa que no toma como base lo territorial, sino lo funcional,<sup>35</sup> la competencia específica para desarrollar un tipo de actividad administrativa de interés general cuya titularidad y gestión permanece en mano pública, incardinándola fuera del aparato administrativo central

<sup>33</sup> León DUGUIT: *La transformación del Estado*, traducción seguida de un estudio sobre «La nueva orientación del Derecho Político» por Adolfo POSADA, 2da. edición española corregida y aumentada, con un prefacio del autor, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, s/a, p. 191 y 192. Ver también lo que el maestro bordelés explicaba en: *Las Transformaciones del Derecho Público*, traducción con estudio preliminar de Adolfo POSADA y Ramón JAÉN, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1915, pp. 49 y ss. y 89 y ss.

<sup>34</sup> En este sentido, el uruguayo Alberto DEMICHELI observó: «Nacen así, dentro del elemento formal del Estado — integrando su organización jurídica — una serie de instituciones autónomas que fueron desconocidas en el Estado centralista y unitario de funciones primordiales que plasmó la Revolución [...]»; Alberto DEMICHELI: *Los entes autónomos. Régimen jurídico de los servicios públicos descentralizados*, editada por la Facultad de Derecho y por la Cámara de Representantes, Montevideo, 1924, pp. 30 y 31.

<sup>35</sup> Uno de los autores españoles de referencia de la primera mitad del siglo XX, Antonio ROYO-VILLANOVA, calificó en su época a la descentralización por servicios como «nueva descentralización». Sobre la elaboración conceptual y la proyección como realidad de esa descentralización por servicios como «nueva descentralización», ROYO-VILLANOVA argumentaba: «Punto de partida de esta evolución es el cambio completo de orientación en los problemas de Derecho público, que hacía ya notar Giner al señalar el hecho de que si, tradicionalmente, lo que más preocupaba a los escritores era lo relativo a la soberanía, ahora ofrecía más interés lo referente a los fines del Estado». El español acotaba seguidamente: «Consecuencia de todo esto ha sido luego, en el Derecho administrativo, no identificar la Administración pública con el Poder ejecutivo y considerar también el problema de los fines del Estado como base de la Administración». Unas líneas más adelante, ROYO-VILLANOVA (padre) agregaba: «La nueva descentralización por servicios se impone por una doble exigencia de la realidad social, porque ni el Estado puede desentenderse de aquellas cosas que interesan a la colectividad, ni la Administración central puede atender debidamente a los múltiples servicios que corren a su cargo». Antonio ROYO-VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 303 y 304.

del Estado (Administración directa), en estructuras administrativas especiales para ellos (catalogadas entonces como Administración indirecta), diferentes a ese aparato central (establecimientos públicos, establecimientos de servicios públicos, corporaciones de servicios públicos).<sup>36</sup>

La cristalización de esa descentralización por servicios o funcional, fue un signo y una expresión del tránsito del Estado liberal decimonónico al Estado intervencionista;<sup>37</sup> fue un signo y expresión del ensanchamiento de las actividades y fines de la Administración Pública, y de las técnicas que hubo de emplear para concretar esas actividades y alcanzar esos fines, según los derroteros de una nueva época, tal como entonces se revelaba.<sup>38</sup>

Con una descentralización de ese tipo, se hubo de aportar a una diversificación en el iris de la descentralización administrativa, en función de una mayor democratización del espacio público y de una mejor efectividad en el planteamiento y operatividad de las estructuras públicas (en sus diversos niveles).

<sup>36</sup> En los primeros lustros del siglo XX, DUGUIT fue de los que dio cuenta de «[...] la evolución que se produce en muchos países modernos, particularmente en Francia, y que tiende a una descentralización realizada en el servicio público mediante la participación de los funcionarios del servicio en su dirección. Este modo de organización no es por lo demás aplicable sino a los servicios técnicos; no podría serlo a servicios como la guerra, la justicia, que deben estar bajo la dirección inmediata de los gobernantes». Poco después el exdecano de Burdeos agregaba: «Hasta ahora, no tenemos más que esbozos de esta organización; pero todo parece demostrar que se produce una evolución muy clara en este sentido, y que el desarrollo de la descentralización por servicio es la condición indispensable para que el número de los servicios públicos pueda aumentarse sin que el poder del Estado resulte excesivo y absorba las iniciativas individuales». León DUGUIT: *Las Transformaciones del Derecho Público*, ob. cit., pp. 192 y 193.

<sup>37</sup> Según explicaba Laureano LÓPEZ RODÓ: «[...] la extensión de los servicios públicos está vinculada a la de los fines del Estado y variará, por tanto, con las circunstancias históricas y las directrices políticas. Esta consideración es importante porque si los servicios públicos se reducen a los llamados “esenciales” (ejército, policía, etcétera), no tiene cabida la Administración corporativa. Estos servicios deben estar siempre en manos del Estado. El desarrollo de las corporaciones de servicios es paralelo al crecimiento del intervencionismo estatal. Cuantos más servicios se incluyen entre los fines del Estado, mayor necesidad tendrá este de encomendar su gestión a entidades de Derecho público, distintas de él, que desarrollando una actividad análoga a la suya, le descarguen de unos cometidos que normalmente no está en condiciones de realizar»; Laureano LÓPEZ RODÓ: «Corporaciones de servicios», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año LXXXVIII, segunda época, t. VI (174 de la colección), 1943, Instituto Editorial REUS, Madrid, p. 525.

<sup>38</sup> Para el uruguayo DEMICHELI, la descentralización era solución que venía a resolver un triple problema que había planteado la evolución económica del Estado «[...] un problema administrativo: el del congestionamiento de funciones en el

### Sobre la noción de descentralización administrativa

Dentro de los temas sobre organización administrativa, el binomio centralización-descentralización, y especialmente la descentralización administrativa, ha ocupado muchas páginas a la luz de diversos ordenamientos y desde diferentes ángulos de estudio. Aún así, el tópico de la fijación de la noción de descentralización administrativa ha sido polémico dentro de los estudios y escritos que han buscado arrojar mejor luz sobre sus contornos para el Derecho,<sup>39</sup> a los efectos de hacernos una idea precisa de ella.<sup>40</sup>

Para tener y comprender adecuadamente tanto la noción de centralización como la de descentralización, no puede dejarse a un lado que resultan fenómenos, y en consecuencia, conceptos, de contraste entre sí. Si llevamos al campo concreto de la Administración Pública una expresión ya citada aquí del maestro francés Maurice HAURIUO,<sup>41</sup> en relación con el Estado, podemos decir, entonces, que la centralización y la descentralización son «dos maneras de ser de la Administración Pública».

Según refería Charles DEBBASCH:

En un sistema de centralización no existe vida administrativa fuera de los órganos centrales. Estos son los únicos facultados para tomar decisiones administrativas para toda la extensión

órgano ejecutivo del Estado; un problema político: el del exorbitante aumento de atribuciones de ese poder; y un problema económico: el de la incapacidad del Estado como órgano de producción industrial»; Alberto DEMICHEL: *Los entes autónomos...*, ob. cit., pp. 28 y 29.

<sup>39</sup> Se lamentaba ÁLVAREZ RICO que a pesar de que este interés no ha decaído entre los tratadistas actuales de Derecho Administrativo, ello no se ha traducido en un cuerpo de doctrina elaborado que pudiera servir de base para una auténtica descentralización administrativa. Ver: Manuel ÁLVAREZ RICO: *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, 2da. edición, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 136 y 137.

<sup>40</sup> Según escribía ARIÑO ORTIZ: «Puede concluirse, por tanto, que desde un punto de vista puramente lógico y terminológico, la palabra centralización o descentralización tiene muchos contenidos posibles y es susceptible de ser referida a campos y sentidos diferentes. Sería, por otra parte, ridículo —y vano— pretender obtener un monopolio del término, para la ciencia jurídico-administrativa. Ahora bien, es necesario, al mismo tiempo, que cuando en Derecho administrativo se habla de descentralización administrativa (sea en la Ley, sea en la doctrina científica), se establezca un contenido determinado, se sepa claramente lo que con ello se quiere significar». En la creencia de este profesor ibérico: «Esta necesidad de determinación técnica de aquello en lo que la descentralización consiste no es solo un prurito cientificista, sino una exigencia de política administrativa en el cumplimiento y ejecución de las leyes. [...]». Ver: Gaspar ARIÑO ORTIZ: «Realidad y dogmática de la descentralización...», ob. cit., pp. 180 y 181.

<sup>41</sup> Ver Maurice HAURIUO: voz «*Décentralisation*», ob. cit., p. 472.

del territorio. Estas decisiones son imputadas al Estado, única persona jurídica reconocida. Sin duda, en tal sistema, nada impide a las autoridades centrales adaptar su acción a cada parte del territorio [...]; pero de hecho, alejadas de las preocupaciones locales, no son técnicamente aptas, salvo casos excepcionales, para realizar esta adaptación.<sup>42</sup>

Enfoca así la cuestión, puede aducirse, entonces, de modo preliminar, que la descentralización en cuanto sistema plantea, como elemento cardinal, «la existencia de vida administrativa fuera de los órganos centrales». Por lo que la organización pública central no ha de ser la única con competencia para adoptar decisiones administrativas, ni, en consecuencia, esas decisiones han de ser imputadas solo al Estado como persona jurídica. Antes bien, en el sistema descentralizado, además de la organización central del Estado, se da la existencia de una pluralidad de entidades públicas (territoriales o no) personificadas, a las que corresponde un marco administrativo propio de actuación y de decisión, en relación con aquel nivel central.

Partiendo de lo anterior, quizás no resulta ocioso repasar algunas nociones o criterios que se han expuesto sobre la descentralización administrativa; lo que nos puede facilitar el hacernos una idea mejor de lo que puede considerarse como tal, conceptualmente hablando.

En ilustrativa conclusión del alemán Walter JELLINEK, recogida por el desaparecido maestro español Fernando GARRIDO FALLA:

[...] la centralización tiene por consecuencia la estructuración administrativa a base de la «Administración de una sola cabeza» (einköpfige Verwaltung), mientras que la descentralización tiene por objeto la substitución de dicha Administración por una «Administración con varias cabezas» (Mehrköpfigkeit).<sup>43</sup>

Entre los franceses, por ejemplo, se ha dicho —René CHAPUS— que la descentralización se traduce en la trasferencia de atribuciones del Estado a las instituciones (territoriales o no) jurídicamente distintas de él y beneficiarias, bajo la vigilancia del Estado, de una cierta autonomía de gestión.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Charles DEBBASCH: *Ciencia Administrativa*, ob. cit., p. 161.

<sup>43</sup> Fernando GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, p. 88.

<sup>44</sup> René CHAPUS: *Droit administratif général*, t. 1, 15e. édition, Editions Montchrestien E.J.A., Paris, 2001, p. 403.

En Italia, Massimo Severo GIANNINI hubo de precisar que: En la descentralización la regla es que las potestades se atribuyen a los oficios locales, quedando los oficios centrales solo con aquellas potestades que se refieren a materias comunes a varios oficios locales o que éstos no están en grado de llevar a cabo (p. ej.: coordinación). Entre los oficios centrales y locales existe una relación de dirección, pero la administración activa corresponde, en principio, a los oficios locales, en base a lo cual concentren en ellos el máximo poder decisorio y las mayores responsabilidades.<sup>45</sup>

En España, el desaparecido profesor GARCÍA-TREVIJANO FOS consideraba que «La descentralización administrativa, como principio de organización consiste en transferir competencias decisorias de la Administración estatal a las demás personas jurídico-administrativas menores».<sup>46</sup>

Para este maestro español: «[...] Desde el ángulo jurídico y técnico, las notas que califican a la descentralización y que son necesarias, pero también suficientes para que ella se dé, son las siguientes:

1. Transferencia de poderes de decisión. No basta que los poderes sean de propuesta o de informe, sino que precisan facultades resolutorias.
2. Creación de una persona jurídica distinta del Estado. Esta nota sigue siendo fundamental.
3. Que estas personas jurídicas sean de derecho público, es decir, que estén encuadradas en la organización general del Estado, según los índices expuestos en otro lugar. Esta nota es fundamental, porque no basta con la colaboración escueta, ya que de ser así también los concesionarios en sus facetas realizarían la descentralización, cosa incierta.

<sup>45</sup> Massimo Severo GIANNINI: *Derecho Administrativo*, volumen I, traducción de Luis ORTEGA, 1ra. edición en español, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1994.

<sup>46</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, vol. I, 2da. edición corregida, aumentada y puesta al día, Editorial *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1971, p. 440. En un obra anterior, había dicho, con palabras similares: «La descentralización como principio de organización consiste en transferir competencias de la Administración directa del Estado a la indirecta, es decir, a las demás personas jurídico-públicas»; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 221.



4. Existencia de una tutela sobre dichos entes descentralizados. Conviene recordar aquí la distinción trazada entre tutela y jerarquía.

Cuando se dan esas notas se produce la descentralización administrativa».<sup>47</sup>

Dentro del iuspublicismo cubano también se ha llamado la atención sobre la noción de descentralización administrativa, lo mismo durante el período prerrevolucionario,<sup>48</sup> que luego de 1959.<sup>49</sup>

A inicios del siglo XX, el profesor y luego magistrado judicial Antonio GOVÍN Y TORRES apreciaba entre nosotros:

La descentralización administrativa es una suma mayor o menor de limitaciones puestas a la centralización para constituir con dominio propio la que se denomina «centralización local». Consiste el procedimiento en aplicar el régimen representativo a la gestión de los intereses municipales y provinciales. [...].<sup>50</sup>

Del contexto cubano posterior a 1959 son las palabras del recordado profesor Héctor GARCINI GUERRA, al destacar:

<sup>47</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIANO FOS: *Tratado...*, ob. cit., p. 447. También en: José Antonio GARCÍA-TREVIANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, ob. cit., p. 229.

<sup>48</sup> Ver Antonio GOVÍN Y TORRES: *Elementos de Derecho Administrativo*, t. I, Parte I, 2da. edición, Imprenta y Librería de M. Ricoy, Habana, 1910, p. 159 y ss.; Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ y Joaquín MARTÍNEZ SAENZ: *Ensayos de Derecho Administrativo*, t. I, Imprenta y Papelería de Rambla, Bouza y CA, Habana, 1922, pp. 137 y ss.; Eduardo Rafael NÚÑEZ Y NÚÑEZ: *Tratado de Derecho Administrativo*, con arreglo al Programa del profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional doctor Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, t. I, 13ra. edición, Imprenta J. Hernández Lapidó, Habana, 1926, p. 107; Aristides M. DACOSTA y Carlos J. SMITH: *Apuntes de Derecho Administrativo* (Adaptados a las explicaciones de clase), Ipm. y Papelería La Universal, Habana, 1927, pp. 75 y ss.; Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Teoría General de la Constitución Cubana*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1946, pp. 296 y ss.; Julián Modesto RUIZ Y GÓMEZ: *Derecho Administrativo*. Primer curso, Conferencias mimeografiadas, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, s/a, pp. 134 y 135.

<sup>49</sup> Héctor GARCINI y Miguel REYES: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Parte General, Escuela de Ciencias Jurídicas, Facultad de Humanidades, Universidad de La Habana, La Habana, 1963, pp. 87 y ss.; Héctor GUERRA: *Derecho Administrativo*, 2da. edición corregida y ampliada, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, pp. 145 y ss.; Homero RODRÍGUEZ PÉREZ: *Derecho Administrativo*, Texto único, Edición Provisional, Dirección de Capacitación, MINJUS-CETSS, La Habana, 1989, pp. 170 y ss.; José Ramón LEZCANO CALCINES: «La organización de la Administración Pública», en AA.VV., *Temas de Derecho Administrativo*, volumen II, 2da. reimpresión de la 1ra. edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2010, pp. 322 y ss.

<sup>50</sup> Antonio GOVÍN Y TORRES: *Elementos de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 159.

La existencia dentro de un Estado de circunscripciones territoriales, en las cuales han de cumplirse fines de carácter administrativo y la progresiva multiplicación de funciones a cargo de la Administración Pública, ha provocado la extensión del principio de la descentralización, que si bien en los inicios de su configuración como concepto jurídico tuvo también un significado netamente político, se extendió después al campo administrativo donde, sin perder sus connotaciones políticas, adquirió gran desarrollo ante la conveniencia, según los autores burgueses, de que el Estado encomiende la gestión de funciones y servicios a otros entes públicos, creados por él a ese fin, con mayor o menor independencia con respecto a su aparato administrativo general, con el propósito de aligerar las tareas de este. La existencia de esos agentes engendra relaciones jurídicas, entre ellos, el Estado y su Administración y, como principios de organización administrativa, consiste en transferir competencias de la administración directa del Estado a otras personas jurídicas. De ahí que se le haya denominado administración indirecta del Estado.<sup>51</sup>

Del mar de conceptos e ideas vertidas para configurar la descentralización administrativa, conviene retener, entonces, algunos aspectos.

En primer lugar resulta un sistema de organización y, por ende, de funcionamiento administrativo, que trae consecuencias jurídicamente relevantes en su planteamiento y operatividad. Como sistema de organización, la descentralización administrativa resulta un sistema complejo o compuesto, en tanto ella se conforma a partir de la dinámica de planteamiento y relacional que se da entre el nivel de organización que representa el aparato administrativo central del Estado y el que representan los entes descentralizados (territoriales o no territoriales).

En segundo lugar, la descentralización administrativa resulta un principio jurídico —con la funcionalidad que esa calificación contempla— que se proyecta esencialmente en el plano de la organización administrativa. En cuanto tal, la descentralización o el principio de descentralización, opera con un rol de fundamentación y un carácter informador del ordenamiento jurídico-positivo en lo que ella implica.

Ahora bien, la proyección y operatividad de este principio ha sido advertida por la doctrina, desde antiguo, como que es una

<sup>51</sup> Héctor GUERRA: *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 145 y 146.

proyección y operatividad relativa y no absoluta, por cuanto, como adelantamos someramente en algún momento en este trabajo, aunque teórica o idealmente pudiera modelarse (al menos el lado centralizador), lo cierto es que en la práctica la experiencia demuestra que no se da un sistema total o absolutamente descentralizado, sino que se dan soluciones en mayor o medida descentralizadoras, pero siempre coexistiendo –en mayor o menor medida– con resortes centralizadores.

Como indicaba Marcel WALINE:

[...] *centralisation et décentralisation expriment des tendances plutôt qu'elles ne sont des notions absolues. Une centralisation absolue, si elle est concevable théoriquement, ne se rencontre nulle part: un Etat sans commune ne serait qu'une vue de l'esprit. A l'inverse un Etat intégralement décentralise est logiquement inconcevable, car cela signifierait un Etat où toutes les compétences administratives seraient retenues par les collectivités locales, de sorte que le pouvoir central n'aurait aucune compétence, ce qui revient à dire que les collectivités intégralement décentralisées ne seraient plus intégrées dans un Etat: ce seraient elles qui seraient les Etats [...]*.<sup>52</sup>

Así las cosas, se ha tenido claridad en que tanto la centralización como la descentralización, como nociones o conceptos jurídicos, señalan tendencias o referencias en relación con el sistema o principio contrapuesto, comprendiendo en ello su relativismo.<sup>53</sup> O, lo que es igual, que la descentralización haya sido entendida como un principio tendencial en relación con su contraparte que es la centralización.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Marcel WALINE: *Traite élémentaire de Droit Administratif*, 6e édition augmentée d'un supplément, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1952, p. 199.

<sup>53</sup> El profesor uruguayo Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO, observaba que «[...] tanto "centralización" como "descentralización" son conceptos relativos, porque solo se conciben rectamente observando relaciones entre dos o más sistemas; el central lo es y solo puede serlo respecto a otro u otros descentralizados, y viceversa. [...]». Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: «La descentralización. Su estatuto constitucional y posibilidades de su regulación legal», en Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: *Sobre Derecho Administrativo*, t. I, 3ra. edición actualizada y ampliada, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2012, p. 692 (este trabajo se publicó originalmente en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. XII, Montevideo, 2006, pp. 11 a 47).

<sup>54</sup> Por su lado, Luis COSCULLUELA MONTANER precisaba que «[...] la descentralización es un principio tendencial, que no puede darse en términos absolutos y que marca una tendencia respecto de su contrario: la centralización. [...]». Ver: Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual de Derecho Administrativo*, 25ta. edición, Civitas, Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 164 y 165.

La realidad de las cosas ha revelado que la concreción de la centralización o la descentralización como principio, por lo menos en la dinámica de la organización jurídico-pública moderna, tiende a no ser absoluta, plena o perfecta, sino a ser relativa o imperfecta; combinándose a nivel de ordenación jurídica o a nivel práctico, entonces, la presencia de cierto grado de la una y cierto grado de la otra, pudiéndose resolver ya a favor de cierto equilibrio entre ellas, o ya a favor de una o de la otra como dominante, pero normalmente no haciendo absoluto, en sentido extremo, el diseño del lado de la una o del lado de la otra.

El inolvidable Fernando ÁLVAREZ TABÍO, en una de sus antiguas obras de Derecho Público, a propósito de la realidad iuspública nacional de la época, había concluido entre nosotros que el «[...] criterio rígido de centralización, si se contemplan los Estados históricos, es negado por cada orden jurídico, aunque en principio lo consagren con carácter absoluto. En efecto, todos los Estados, y entre ellos la República de Cuba, ni son completamente centralizados ni aceptan la descentralización absoluta (pues así dejarían de ser un Estado para convertirse en un grupo de Estados coordinados y no subordinados). Ese término medio entre dos conceptos absolutos supone una articulación de actividades que va más allá de la cantidad y de la calidad de las funciones, alcanzando a la personalidad jurídica dentro del órgano nacional unitario e independiente [...]».<sup>55</sup>

Precisamente el hecho de ser un principio jurídico que se manifiesta de manera tendencial, indica entonces que pueden darse diversos grados de descentralización administrativa, y que estos han de venir determinados tanto por el quantum o cantidad de las competencias decisorias y de actuación que se le incardinan dentro de la esfera de actuación propia del ente descentralizado, como por la cualidad o calidad de esas competencias que se le asignen; así como por el grado de independencia, o si se quiere autonomía, en la actuación que se le otorgue al ente descentralizado; y por la intensidad de la de intervención y control que conforma la relación de tutela administrativa entre la organización administrativa central del Estado y la entidad descentralizada, que deriva de la descentralización.

Además de principio jurídico, la descentralización administrativa resulta una técnica jurídica en función de la distribución o asignación de competencias relacionadas con el funcionamiento administrativo, y, en cuanto tal, es un medio —y no un fin en sí misma— para la

<sup>55</sup>Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Teoría General de la Constitución Cubana*, ob. cit., p. 297.

consecución de las diversas necesidades o intereses que determinan ese funcionamiento.<sup>56</sup>

Desde esa última perspectiva de los intereses generales o necesidades colectivas, cabe resaltar entonces que la descentralización administrativa, en su vertiente territorial, tiene que ver con el postulado que, dentro de esos intereses o necesidades de la comunidad políticamente organizada, cuya consecución debe ser gestionada administrativamente, se produce una distinción o diferenciación de ellos a partir de la proyección territorial, verificándose la existencia de intereses o necesidades de carácter nacional o central (alcanzan a todo el territorio del Estado) e intereses o necesidades de carácter local (alcanzan solo a una parte del territorio del Estado, y por tanto a solo una localidad dentro de él), y en consecuencia se requieren sujetos administrativos diversos para su mejor gestión.

Eso significa, entonces, que dentro del universo de los intereses públicos, no hay solo intereses de carácter central o nacional, no una unidad de ese tipo, sino que se complejiza el contenido de ese universo, pues este se pluraliza o diversifica con la manifestación de otro tipo de intereses como los locales, que igualmente entran a formar parte de la órbita de los intereses público, pero que no deben identificarse o confundirse en su plena dimensión con los centrales o nacionales.<sup>57</sup> De lo cual surge entonces la conveniencia, y es lo que subyace en la descentralización administrativa como principio, de organizar el aparato público de manera tal que el Estado, en tanto complejo orgánico personificado, se ocupe preferentemente de satisfacer los primeros de aquellos interés o necesidades, y que la atención a los segundos se realice propiamente por —o se descargue en— entidades locales a las que se les asignan esas competencias.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> En expresión de Ernst FORSTHOFF: «[...] centralización y descentralización, no designan situaciones, ordenamientos existentes, sino los principios y tendencias por los que se guían las estructuras de la Administración; implican, pues, direcciones, no finalidades. [...]»; Ernst FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de LEGAZ Y LACAMBRA, GARRIDO FALLA y GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGUE, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 584.

<sup>57</sup> Explicaba MORELL OCAÑA que la descentralización territorial «[...] lleva consigo una fractura de la concepción unitaria de los intereses públicos: se distingue entre el interés nacional y los intereses locales. [...]»; Luis MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 4ta. edición, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 1998, p. 228.

<sup>58</sup> Para Mariano BAENA DEL ALCÁZAR, a propósito de lo que denominaba la «tensión centralización-descentralización», aseveraba que «[...] esta tensión constituye el principal problema de estructura territorial de los Estados unitarios. Planteándolo en términos muy generales desde su perspectiva política supone siempre una aspiración de que no todos los fines de la comunidad política sean cumplidos

Como técnica jurídica, la descentralización administrativa trasunta el planteamiento de la diversidad organizacional (con criterio territorial o y funcional), en tanto involucra diferentes niveles de organización del funcionamiento administrativo (el central y los descentralizados), como solución orientada a la búsqueda de mayor eficacia en la gestión de las necesidades colectivas; necesidades que aparecen conformando un universo de contenido complejo y diverso y que deben ser atendidas — eficazmente — desde esa complejidad y diversidad. Por lo tanto, la descentralización administrativa, como técnica jurídica, es consecuencia de la complejidad y diversidad que marca la existencia del interés general (o de los intereses o necesidades generales) y su gestión. Y, como técnica jurídica, la descentralización administrativa se valoriza, ya como un todo, ya en sus diversas expresiones (territorial y no territorial), en tanto la buena gestión de dicho interés exija su puesta en práctica como medio idóneo en ello.

Como bien establecía Jean DABIN: «Es también una cuestión de separación, acompañada de colaboración y jerarquía, la que encontramos en la base del problema de la descentralización».<sup>59</sup>

Sobre la base de esa idea, es factible sostener que la descentralización administrativa, como técnica jurídica, lleva consigo el postulado de articular un sistema también jerarquizado — garantiza la unidad interna del sistema — de estructuras (administrativas) diversas y en niveles de organización igualmente diferentes,<sup>60</sup> cuyas piezas que se engranan existencialmente están separadas entre sí — están dotadas de independencia o autonomía existencial en relación con el nivel de contraste —, pero que deben actuar, en lo correspondiente, en colaboración y coordinación, tanto entre sí como entre los diferentes niveles organizativos que implica la descentralización, para lograr el alcance de los fines administrativos.

En consecuencia, en la idea de descentralización administrativa como técnica jurídica, se conjugan la fragmentación y complejidad en

por el Estado central, sino que este los traspase parcialmente a las entidades locales. [...]». Ver: Mariano BAENA DEL ALCÁZAR: *Curso de Ciencia de la Administración*, volumen primero, 4ta. edición reformada, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2000, p. 190.

---

<sup>59</sup> Jean DABIN: *Teoría General del Estado...*, ob. cit., p. 304.

<sup>60</sup> De acuerdo con lo que apuntaba CAJARVILLE PELUFFO, los sistemas centralizado y descentralizado «[...] son internamente sistemas jerarquizados, como lo son necesariamente todos los que ejercen función administrativa: conjuntos de órganos y cargos ordenados y vinculados jerárquicamente»; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: «La descentralización [...]», ob. cit., p. 692.

la organización administrativa — sin pérdida de unidad del sistema, claro está —, la independencia (que no absoluta) o autonomía de los componentes, una cierta dinámica de jerarquización entre ellos (que no implica estrictamente superioridad o subordinación jerárquica, al modo de la centralización), y la actuación en colaboración entre los diversos niveles de organización en lo correspondiente.

Igualmente, es necesario precisar que la descentralización administrativa, como fenómeno, se refiere a la distribución o transferencia de competencias — Luis MORELL OCAÑA le catalogó como un fenómeno de transmisión de títulos competenciales, —<sup>61</sup> decisorias, resolutorias, o de gestión incardinadas dentro del contenido de la función administrativa, pues este contenido tiende a garantizar un marco objetivo de actuación propia para el ente descentralizado. De ahí que, desde este ángulo de enfoque, la descentralización administrativa no sea sino una técnica jurídica de distribución o transferencia de competencias administrativas.

Junto a lo dicho hasta aquí, conviene también retener que el perímetro subjetivo de la descentralización administrativa involucra, esencialmente, a personas jurídicas de Derecho Público. Esto es, con un carácter necesario, que la distribución de competencias que en virtud de este principio y técnica se realizan, se hace de una persona pública central (Estado) a otras personas públicas de carácter territorial (corporaciones territoriales, colectividades territoriales, entidades locales, según la denominación arraigada) o no territorial (establecimientos públicos, administraciones instrumentales o institucionales), que devienen independientes o autónomos en relación con aquella; pero que han de formar parte todas del mapa estructural de la organización general del aparato de poder público, del Estado, en cualquiera de sus niveles de distribución.

En la doctrina iusadministrativista, algún autor se ha referido o ha mencionado — bajo la denominación de descentralización burocrática o descentralización jerárquica — un supuesto de descentralización administrativa que puede acontecer también hacia estructuras (órganos u organismos) que no tienen personalidad jurídica y que se hayan sometidas al poder jerárquico del ente central;<sup>62</sup> entendiéndose, de eso modo, que puede darse la descentralización administrativa sin la cualidad de persona jurídica del ente descentralizado.

<sup>61</sup> Luis MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 229.

<sup>62</sup> Ver, por ejemplo, en la literatura latinoamericana de Derecho Administrativo, Rodolfo BULLRICH: *Principios Generales de Derecho Administrativo*, Editorial Guillermo Kraft. Ltda., Buenos Aires, 1942, p. 172; Enrique SAYAGÜÉS LASO: *Derecho Administrativo*, t. I, Impresa en los talleres gráficos de la editorial Martin Bianchi

Sin embargo, no es esta hoy la consideración mayoritaria, antes bien, ha sido rechazada –incluso con vehemencia– por otro sector doctrinal, la pretensión de considerar a dicho supuesto de descentralización burocrática o descentralización jerárquica como tipo de descentralización, precisamente por el hecho de que se entiende que el fenómeno descentralizar involucra entes públicos dotados de personalidad jurídica;<sup>63</sup> quedando comprendida la realidad interorgánica que la descentralización burocrática o descentralización jerárquica viene a designar, en los marcos de otra figura de organización y de atribución de competencias, que es la desconcentración, distinguible entonces de la descentralización como categoría sustantivamente diferente, y no como mera especie de esta última.

Un punto a considerar en este momento, es la cuestión de la distinción entre descentralización (administrativa) y desconcentración (administrativa), como figuras de la dinámica organizacional que pudieran llamar a confusión entre sí, pero que el pensamiento jurídico ha buscado dejar en claro en su distinción.

Altuna, Montevideo, 1953, p. 207; Rafael BIELSA: *Derecho Administrativo*, 5ta. edición, t. I, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 250; Rafael BIELSA: *Ciencia de la Administración*, 2da. edición, actualizada, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955, p. 248; Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO: *Derecho Administrativo*, t. II, Estructura jurídica de la Administración Pública, Tipográfica Argentina Editora, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 295; Miguel S. MARIENHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, *Teoría General*, 4ta. edición, actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 619; José CANASI: *Derecho Administrativo*, volumen I, Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 305.

<sup>63</sup> Según exponía Juan Francisco LINARES: «Nos parece un craso error incluir en el concepto de descentralización administrativa la llamada descentralización burocrática, ya que esta no implica personalidad jurídica del organismo ni tampoco patrimonio propio. A esa pretendida descentralización habría que darle otro nombre, por ejemplo, “semidescentralización”. El actual nombre confunde y suscita cuestiones interpretativas frecuentes. El vocablo “descentralización” tiene que reservarse para los entes con personalidad jurídica y por ende patrimonio propio; [...]». Juan Francisco LINARES: *Derecho Administrativo*, 2da. reimpresión de la 2da. edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007, p. 282. Es bueno agregar que la idea de la semidescentralización, parecer ser que fue planteada e impulsada por el francés Charles EISENMANN, ya en su clásico trabajo de 1947, aparecido en la *Revue de Droit Public*, y con esta denominación se refería a un tercer tipo de organización territorial de la Administración, como sistema mixto o compuesto, híbrido, representando una combinación de la centralización y la descentralización como principios. De EISENMANN, por todos, ver: *Cours de Droit Administratif*, t. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982, pp. 286.



Como se conoce, la desconcentración administrativa<sup>64</sup> es otro principio, y técnica, de la organización administrativa (y cuya solución alternativa viene a ser la concentración administrativa relacionada con la distribución o transferencia de competencias, básicamente, a lo interno de una misma organización administrativa, por lo tanto entre órganos u organismos sin personalidad jurídica, y, en consecuencia, en entre o sujetos que no están personalizados jurídicamente hablando. Por lo que la desconcentración administrativa no implicada un cambio subjetivo en la titularidad de la competencia, pues esta queda en la organización administrativa que la ostenta. La desconcentración es una transferencia de competencias entre estructuras relacionadas jerárquicamente desde el punto de vista administrativo (lo que no ocurre en la descentralización), esencialmente pertenecientes a una misma organización administrativa. De ahí que la desconcentración se da cuando se transfieren las competencias de un órgano superior hacia órganos inferiores de una misma organización administrativa, asumiéndola estos últimos en nombre propio (y no por cuenta del superior) y respondiendo por ellas.

Desde el punto de vista subjetivo, mientras la descentralización administrativa marca un derrame de competencias entre entes personalizados, entre los que no se da una relación de subordinación jerárquica propiamente hablando; la desconcentración marca un derrame entre estructuras orgánicas jerárquicamente relacionadas, colocadas en la órbita de una organización administrativa, que no implica la quiebra de esa relación jerárquica. Por lo tanto, lo que se da en esta última (en la desconcentración) no es una independencia existencial desde el punto de vista de los sujetos personalizados involucrados, ni una distribución entre entes personalizados de competencias comprendidas en el contenido del funcionamiento

<sup>64</sup> Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO atribuía al francés Th. DUCROCQ la «invención de la palabra desconcentración» a los efectos de las cuestiones jurídica que aquí nos ocupa. Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO: *Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, t. I, 2da. edición, Librería Bosch, Barcelona, 1930, p. 230, nota 74. En esta cuerda de ideas, podemos ver que el antiguo profesor de la Universidad de París, justo cuando estaba por expirar el siglo XIX francés, al analizar el movimiento de descentralización local en su país, concluía: «*Appeler décentralisation administrative des simples mesures de déconcentration ou de simplification de rouages administratif, c'est créer une équivoque. [...] Nous avons établi déjà que la décentralisation véritable consiste à développer les pouvoirs des corpos locaux électifs au détriment de ceux du pouvoir central ou de ses représentants. [...]*»; Th. DUCROCQ: *Cours de Droit Administratif et de législation française des finances avec introduction de Droit Constitutionnel et les principes de Droit Public*, t. I, Introduction de Droit Constitutionnel. Organisation administrative, Septième édition, A. Fontemoing, Éditeur, Paris, 1897, p. 153.

administrativo (descentralización); sino una distribución de competencias en diversos niveles de posicionamiento estructural de una misma organización pública (normalmente, de una misma persona jurídica pública), buscando un planteamiento distributivo en que no se agrupen competencias decisorias solo en el nivel superior de la organización, y, como estampara MORELL OCAÑA, «atenuándose de ese modo una parte de las consecuencias de la jerarquía administrativa».<sup>65</sup>

A tenor de ello, el ámbito objetivo relativo a la desconcentración es el de competencias de decisión o de gestión, que el órgano superior transfiere a los inferiores, por lo que se transforma el ámbito objetivo de esas estructuras, a los efectos de proveer mayor eficacia en el funcionamiento de la organización en las que se comprenden las mismas, a través de cierta descongestión competencial del nivel superior a favor de un nivel inferior.

Colocando de nuevo nuestras miras directas en el fenómeno descentralizador administrativo, según dejaba escrito el profesor español Fernando GARRIDO FALLA:

Pero, precisemos: no basta con que la jerarquía se rompa; es preciso, además, que aparezca en escena una nueva persona jurídica. Si esto no ocurre, si continuamos en presencia de un órgano que ha robustecido sus competencias, entonces no se ha dado el paso que el tránsito a la Administración indirecta del Estado supone: tendremos solamente desconcentración.<sup>66</sup>

En esta cuerda argumental, no está de más recordar que, para algunos autores, la exigencia de que el ente público descentralizado tenga el carácter de persona jurídica, es decir que este personificado, no es requisito esencial para la descentralización.<sup>67</sup> Mientras, para otro sector del pensamiento jurídico administrativo, ese dato de que el ente descentralizado tenga la condición de persona jurídica —de Derecho Público— es aspecto fundamental para que se pueda hablar de descentralización.<sup>68</sup> Incluso, no ha faltado — minoritariamente —

<sup>65</sup> Luis MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 340.

<sup>66</sup> Fernando GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, ob. cit., p. 177.

<sup>67</sup> Por ejemplo, el profesor uruguayo CAJARVILLE PELUFFO ha anotado que «[...] la personificación no es teóricamente esencial a la descentralización, [...]»; Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO: «La descentralización...», ob. cit., p. 703. Además, ver los autores mencionados en la nota anterior, a partir de lo que en ella ilustramos.

<sup>68</sup> Ver en la doctrina española: José GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, t. I, Doctrina General, 12ma. edición revisada, C. Bermejo, Impresor, Madrid, 1952, p. 482 (este español decía que era

quien intentando distinguir entre descentralización y autarquía, cifra la distinción entre ambas en que en la segunda se caracteriza por implicar personalidad jurídica y la primera, precisamente, por no implicarla.<sup>69</sup>

Por lo tanto, en la descentralización administrativa se da la existencia de una pluralidad (mayor o menor) de entes públicos personificados, y, en cuanto tal, subjetivamente distintos entre sí. Y es que la dotación con personalidad jurídica al ente descentralizado es requisito que le permite a éste contar, de modo más pleno, con un ámbito de existencia y actuación subjetiva propio, y, con ello, la aptitud, desde el punto de vista jurídico, de ser titular de derechos y adquirir obligaciones, y relacionarse independientemente, en nombre propio, con otros sujetos de Derecho; de ser parte en relaciones jurídicas. De ese modo, se opera, en definitiva, lo que señala la descentralización administrativa, que es sacar de un centro de imputación hacia otro u otros la toma de decisiones y las posibilidades de actuación administrativas, creando diversidad en los sujetos actuantes al respecto.

En función de la mejor comprensión de lo hasta aquí comentado, podemos convocar las palabras de George BURDEAU, cuando aseveraba:

No se puede descentralizar sin reconocer la personalidad jurídica del cuerpo o de la colectividad de que se trate, es

requisito para que se diera la «verdadera descentralización orgánica»); Fernando GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, ob. cit., especialmente, p. 177; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado...*, ob. cit., p. 447; también en: José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, ob. cit., p. 229; Luis COSCULLUELA MONTANER: *Manual de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 165; Santiago MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. III, *La organización territorial del Estado. Las Administraciones Públicas*, Portal Derecho, S.A., Madrid, 2009, p. 626. Para el argentino Juan Carlos CASSAGNE: «La existencia de personalidad jurídica en el organismo estatal al cual se le encomiendan nuevas actividades o simplemente se le transfieren las competencias ya existentes, constituye un presupuesto de la descentralización administrativa, [...]»; Juan Carlos CASSAGNE: *Derecho Administrativo*, t. I, reimpresión de la 9na. edición, Abeledo Perrot S.A., Buenos Aires, 2010, p. 265.

<sup>69</sup> Es el caso, por ejemplo, del argentino Félix SARRIA, cuando explicaba: «La autarquía implica, como hemos dicho, personalidad jurídica, es decir, capacidad propia, independencia relativa, en tanto que la descentralización carece de aquel signo sustantivo, no es persona jurídica, no es independiente, es solamente la acción de la administración central a distancia, allí donde no alcanza el órgano central, se coloca un funcionario que lo representa localmente y que recibe sus órdenes»; Félix SARRIA: *Derecho Administrativo*, t. I, 4ta. edición, Editor: Librería Cervantes, Córdoba, 1940, p. 127.

decir, sin consagrar oficialmente la existencia de intereses propios al organismo descentralizado. Y como estos intereses no podrán ser protegidos eficazmente más que si el grupo puede hacerlo valer efectivamente, ello implica en su beneficio el derecho de estar representado por órganos relativamente independientes del poder central. [...] El interés de la noción de personalidad moral, como en la mayoría de los casos, es ofrecer un procedimiento de técnica jurídica que permite unirse a un grupo de individuos, participar en la vida jurídica y representar un papel social. Al intervenir en el marco de la descentralización, el reconocimiento de la personalidad moral ofrece la doble ventaja para el grupo beneficiario, de asegurarle órganos que le son propios y de dotarlo de un patrimonio sin el cual no existe independencia administrativa.<sup>70</sup>

Resulta importante llamar la atención aquí que es, precisamente, la relación de independencia o autonomía entre las personas públicas que involucra la descentralización administrativa, esto es, la independencia del ente descentralizado en relación con el aparato administrativo central del Estado, lo que, para una gran fracción de los autores, determina al fenómeno descentralizador administrativo.

El mencionado profesor francés BURDEAU, décadas atrás, indicaba que

[...] lo que caracteriza un agrupamiento —cualquiera que sea su naturaleza: territorial, corporativa u otra— cuando es descentralizado, es su liberación, en cuanto a la actividad pretendida, con respecto al poder central. En el origen de la idea de descentralización existe un reconocimiento de la libertad del organismo que se beneficia de ella, libertad que jurídicamente se analiza en la facultad que tiene de darse a sí mismo las normas que lo rigen [...].<sup>71</sup>

Asimismo, del lado español se ha insistido en que:

El dualismo centralización-descentralización es, pues, un criterio técnico que se fija en el grado de independencia o dependencia que ostentan los diversos centros de poder territoriales en un Estado en relación con sus órganos centrales; descentralización significa «independencia» en el

<sup>70</sup> Georges BURDEAU: *Tratado de Ciencia Política*, ob. cit., pp. 88 y 89.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 55.

funcionamiento y competencia de decisión. [...] Es evidente que junto al criterio esencial de la atribución de la competencia para decidir sin control o tutela, la descentralización exige también que las materias o tareas sobre las que se ejerce esta competencia de decisión sean amplias y tengan relevancia.<sup>72</sup>

Claro está, la presencia de ese grado de independencia, o si se quiere autonomía, del ente administrativamente descentralizado, en relación con la Administración Central del Estado, no obsta a el ente central pueda ejercer competencias de control o tutela sobre la entidad descentralizada, si así se prevé al hilo de la normativa jurídica, precisamente como una consecuencia y para garantizar el funcionamiento unitario del sistema que, en última instancia, conforma la organización del aparato de poder público —sea esta centralizada o descentralizada—. Con este planteamiento, se relativiza esa independencia, pero sin sacrificarla, pues en la medida de que se vaya proyectando ese sacrificio a favor de mecanismos centrales se va desdibujando el rostro de la descentralización.<sup>73</sup> No debe pasarse por alto que, al fin y al cabo, la descentralización no es sino —en ilustrativa expresión de BURDEAU— «un régimen de libertad vigilada».<sup>74</sup>

Como adelantábamos en algún momento precedente, se ha llamado la atención sobre el hecho de que en la descentralización administrativa puede darse una escala de grados, es decir, que esta puede manifestarse en diferentes grados, a partir de los diversos niveles de dependencia que puedan articularse entre el ente administrativo central (Estado, Administración central) y el ente descentralizado. En definitiva, esa escala o graduación estará determinada por el mayor o menor ámbito de actuación propia que se le otorgue al ente administrativo descentralizado, y, en correlación, por el mayor o menor alcance e intensidad

<sup>72</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, et al: *Lecciones de Derecho Administrativo*, volumen 1, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2001, p. 69.

<sup>73</sup> En una vieja obra de doctrina jurídico-administrativa cubana se sostenía: «La Descentralización es el sistema en que existe un Gobierno Central y varios Gobiernos Locales que son independientes del Poder Central con el que mantienen algunos vínculos de carácter administrativo que no atañen ni disminuyen las funciones y atribuciones propias que le son características. La descentralización se caracteriza por estas tres variedades: simetría en la forma, unidad en la acción y ser todos los Gobiernos Locales independientes de la tutela del Estado». Ver: Eduardo Rafael NÚÑEZ Y NÚÑEZ: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., p. 107.

<sup>74</sup> Georges BURDEAU: *Tratado de Ciencia Política*, ob. cit., p. 90.

de las potestades de intervención y control que se le prevean jurídicamente al Estado o Administración central sobre el dicho ente.

Junto a todo lo anterior, hay que ver que, como fenómeno jurídico, la descentralización administrativa está determinada por el Derecho, y en tanto modelo de confirmación del espacio organizado iusadministrativo, que implica atribución de competencias hacia el ámbito de titularidad subjetiva de entidades públicas personalizadas en el marco de la función administrativa, la descentralización administrativa debe habilitarse, en su trazado esencial, desde el marco normativo de mayor jerarquía al que responde la Administración Pública, esto es: la Constitución y las leyes, en tanto expresión de un poder de organización que corresponde al aparato público, que atañe a los cimientos o fundamentos en los que se estructura dicho aparato.

A partir de todo lo dicho hasta aquí, podemos advertir entonces, que la descentralización administrativa constituye un sistema de organización administrativa, un principio de organización administrativa, y una técnica jurídico-administrativa de distribución de competencias, en virtud de la cual se transfieren competencias administrativas de la Administración Central del Estado hacia el ámbito subjetivo propio de otras entidades con personalidad jurídica de Derecho Público, derivándose relaciones de tutela administrativa entre aquella Administración central y estas entidades descentralizadas.

Como segmento final de este acápite, no queremos dejar de alegar que la descentralización administrativa es un planteamiento relacionado con la búsqueda de mayor eficacia en la actuación administrativa, convirtiéndose así, adecuadamente ordenada y practicada, en un medio para proveer a una buena administración pública. No es complejo vislumbrar que la Administración Pública existe para cumplir objetivos o fines trazados y cumplirlos de un modo que se realicen los resultados y efectos que se requieren. Sustentado en una idea como esa, el principio de eficacia, desde lo jurídico-administrativo, significa que la organización y el funcionamiento administrativos deben proyectarse y ejecutarse de una manera que tienda a que los resultados de esa proyección y ejecución respondan efectivamente al pleno cumplimiento de los objetivos o fines que previamente se establecieron (normativamente, jurídicamente en general) para ellos.

De otro lado, tal como se esbozó en un momento inicial, la descentralización administrativa, se conecta también con un postulado democrático, en tanto es vía idónea (igualmente bien ordenada y practicada jurídicamente) para acercar más la gestión de los asuntos públicos, de los asuntos administrativo públicos, a los que en fin de cuentas resultan los destinatarios de esa gestión, es decir los ciudadanos (o, en la vieja terminología: los administrados).

### **Tipos de descentralización administrativa**

Dentro de los estudios de Derecho relacionados con los tópicos de la descentralización, se han puesto de manifiesto, a partir de lo que acontece en la realidad, varios criterios para referir las diversos tipos o especies que puede adquirir el fenómeno descentralizador administrativo. Claro está, como recurso metodológico, la tipología de la descentralización se ha adoptado sobre criterios más o menos acogidos.

El criterio más tradicional, y – podemos decir, pacíficamente asentado – de distinción dentro de la esfera de la descentralización administrativa, ha sido el que distingue dos tipos o formas fundamentales de descentralización: la descentralización territorial (denominada en ocasiones descentralización por regiones o regional) y la descentralización funcional (llamada también descentralización por servicios, institucional, técnica o especializada). Esta distinción fundamental, por supuesto, ha estado presente también en la doctrina cubana.<sup>75</sup> Y la misma toma como base la naturaleza del ente descentralizado, el criterio de su determinación existencial, y a tenor de ello, las competencias administrativas que se distribuyen o transfieren.

La descentralización territorial, como forma de la descentralización administrativa, se singulariza porque se produce una transferencia de competencias entre el Estado (ente central) o Administración central hacia las corporaciones o entidades

<sup>75</sup> Ver Arístides M. DACOSTA y Carlos J. SMITH: *Apuntes de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 76, como dato interesante aquí puede ver que en este texto se recogía, junto a la descentralización por servicios, como la otra de las dos clases de descentralización – y se enumeraba primero – la que llamaban regional o por unidades administrativas (que no es sino lo que se conoce generalizadamente como descentralización funcional); Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Teoría General de la Constitución Cubana*, ob. cit., pp. 296 y ss.; Héctor GARCINI y Miguel REYES: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., pp. 87 y ss.; Héctor GUERRA: *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 146; José Ramón LEZCANO CALCINES: «La organización de la Administración Pública», ob. cit., pp. 323 y 324.

públicas de base territorial, es decir, entidades públicas locales (v.gr.: Provincia, Región, Departamento, Municipio) o Administraciones locales. Lo cual nos revela claramente que, en este caso, estamos frente a una situación de distribución del poder público, a partir de un criterio territorial que marca esa distribución.

La descentralización territorial se distingue entonces a partir de tener como criterio determinante al territorio, al espacio físico, o geográfico que determina a las personas públicas a las que, en su virtud, se les transfieren las competencias. Como señalara el francés Georges VEDEL, la descentralización territorial descansa sobre una base geográfica y tiene como resultado la creación de personas jurídicas, cuya competencia viene determinada por referencia a un territorio (p. ej., el municipio).<sup>76</sup>

La descentralización territorial aparece en el tiempo, en su perspectiva moderna, en el siglo XIX, como la primera expresión que va marcando la sustanciación del fenómeno descentralizador. En su base histórica, se explica por una cierta necesidad y tensión política entre el Estado y las colectividades locales, en pos de abrir espacios para mitigar la dependencia de estas últimas, que pugnaban por no ser absorbidas o por no sucumbir políticamente frente al poder de aquel.

Según enseñaba el profesor Ramón PARADA, apoyándose en el contexto español:

En un primer momento, el movimiento descentralizador persiguió imponer el principio electivo en las Corporaciones locales, una democratización, pues, de sus órganos, rompiendo en este punto la dependencia con el poder central en el nombramiento de los cargos municipales; en una segunda fase la descentralización presionará para asegurar un ámbito competencial propio y para soslayar las dependencias funcionales que comporta el sistema de tutelas y controles [...].<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Georges VEDEL: *Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 539.

<sup>77</sup> Ramón PARADA: *Derecho Administrativo*, t. II, *Organización y empleo público*, 21ra. edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2010. p. 47. En una cuerda argumental de este tipo, podemos decir que en un antiguo texto de Derecho Administrativo cubano se indicaba: «La principal garantía para que exista la descentralización es que los organismos locales elijan por sí sus gobernantes. También se ha afirmado que el hecho de que se aumenten las facultades a los gobernantes ocales nombrados por el Poder Central no es una verdadera descentralización, mientras no se les conceda autoridad propia para decidir y sus resoluciones no puedan ser modificadas por los agentes del Estado.»; ver: Antonio LANCÍS Y SÁNCHEZ y Joaquín MARTÍNEZ SÁENZ: *Ensayos de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 137.



A diferencia de la descentralización territorial, que deja ver además un mayor acercamiento con el perímetro de lo político, la descentralización funcional (por servicios o institucional o por Administración especial) tiene un sentido más técnico funcional. No estamos hablando aquí que se aplica un criterio de distribución territorial del poder público (administrativo, en este caso) como en aquel primer supuesto, sino que la descentralización funcional es un tipo de descentralización que tiene como base un criterio técnico, pues, en su virtud, lo que se da es un movimiento de competencias del Estado o la Administración central hacia entidades específicamente creadas, con personalidad jurídica y cierto grado de independencia o autonomía de aquellos, para gestionar propiamente cierta actividad administrativa.

De tal suerte, en la descentralización funcional se desgaja de la Administración principal, que puede ser central o local, un contenido del funcionamiento administrativo que, por esa vía, es incardinado en la esfera de competencias de una entidad que se crea a los efectos de su específica realización, dotándosele de un marco de actuación subjetiva independiente o autónoma de aquella (personalidad jurídica, capacidad de gestión económica) en un grado tal que permite que este ente descentralizado opere con carácter auxiliar en relación con aquella Administración principal.

El desarrollo de la técnica de la descentralización funcional, en su versión moderna, viene de la mano del ensanchamiento del contenido del funcionamiento administrativo y, especialmente, del desarrollo de los servicios públicos, que tiene lugar desde finales del siglo XIX, pero con mayor propiedad en el siglo XX. Por lo que este marco temporal de la pasada centuria, marca el ascenso de la descentralización funcional como técnica de organización administrativa.

En un excelente resumen sobre la cuestión, Ramón PARADA exponía que la finalidad de la descentralización funcional era, únicamente, la de otorgar una mayor libertad de gestión a los responsables de un servicio público o actividad administrativa, pero reteniendo el ente matriz descentralizador una extensa panoplia de mecanismos de control.<sup>78</sup> Para este español:

En origen, se trata de un modo de organización interna del Estado centralizado consistente esencialmente en el reconocimiento de la personalidad administrativa y financiera de un servicio o actividad pública. Así, mediante la creación de entes auxiliares distintos

<sup>78</sup> Ramón PARADA: *Derecho Administrativo*, t. II, ob. cit. p. 49.

de él (que reciben muy diversas y cambiantes denominaciones, tales como Establecimientos Públicos, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Fundaciones Públicas), y que forman una suerte de federalismo técnico, el Estado puede transformar su estructura ministerial en controladora, liberándose de la responsabilidad de la prestación directa de los servicios.<sup>79</sup>

Visto así el fenómeno, la descentralización funcional supone una mayor especialización de la competencia transferida, en relación con lo que objetivamente involucra la descentralización territorial; así como una menor complejidad de los fines a los que responde, en contraste con esta última.

Tanto la descentralización territorial, como la funcional, operan como formas que involucran piezas estructurales dentro del esquema total o general de organización del aparato de poder público que constituye el Estado; donde tanto la entidad central como la descentralizada resultan estructuras administrativas del Estado, considerado en su percepción más genérica y amplia como organización del poder público o, lo que es igual, del universo de organización pública del poder.

Además de esos dos tipos más tradicionales de descentralización, en sectores de la doctrina iuspublicista se han señalado, no sin polémica sobre su existencia como tal, otras especies de descentralización, que vienen a contrastar con aquellas más clásicas en la peculiaridad de que el ente a favor del cual opera la descentralización de las competencias, si bien resulta una persona jurídica no constituye parte de ningún nivel de organización administrativa del Estado o del universo de organización administrativa del poder público.

Así las cosas, en una parte de la doctrina iusadministrativista frecuentemente se ha considerado la descentralización

<sup>79</sup> Ramón PARADA: Derecho Administrativo, t. II, ob. cit. p. 49. Observaba además PARADA (pp. 49 y 50) que: «La descentralización funcional es profusamente utilizada por todas las Administraciones (estatal, autonómica y local) creando en su ámbito organizaciones específicas, revestidas formal y jurídicamente de apariencia autónoma, dotadas de personalidad jurídica distinta del Ente territorial matriz. En el último medio siglo, la descentralización, además de actuarse con formas jurídico públicas, se ha desarrollado utilizando figuras orgánicas de Derecho privado, la sociedad mercantil y las fundaciones, originándose a través de estas últimas el fenómeno [...] de la huida de las Administraciones Públicas al Derecho privado».

corporativa,<sup>80</sup> cuyo elemento característico es que la descentralización de competencias administrativas ocurre hacia entidades corporativas —de base asociativa— no territoriales, que cumplen fines públicos y cuyo régimen jurídico es de Derecho Público también. Ese es el caso de las agrupaciones, asociaciones, sociedades y colegios profesionales o de índole similar, que pueden tener y ejercer competencias de carácter público en relación con el giro de experticia que operan. Tales entidades constituyen personas jurídicas de carácter no estatal que actúan intereses sectoriales —que hacen parte de los intereses públicos—, y operan como colaboradores de la Administración Pública en la consecución de los fines generales en la dimensión concreta que le corresponde.

En otro segmento de los teóricos el Derecho Público se ha señalado como un supuesto de descentralización administrativa a la descentralización por colaboración,<sup>81</sup> que tiene como sustrato el hecho de que se «descarga» por la Administración Pública en un —principalmente— particular, la gestión o prestación de

<sup>80</sup> Solo con fin mínimamente ilustrativo: José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado...*, ob. cit., p. 449; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, ob. cit., p. 231; Juan Luis DE LA VALLINA: *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, Nova, Centro General de Oposiciones, Madrid, 1962, p. 81; Luis MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, ob. cit., pp. 233 y 234; Allan R. BREWER-CARIAS: *Principios del régimen jurídico de la organización administrativa venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, p. 70.

<sup>81</sup> En una importante obra francesa, perteneciente a la primera mitad del siglo XX, su autor defendió que «[...] *la collaboration de divers organismes privés à l'une des trois opérations, dans lesquelles se décompose l'activité du pouvoir administratif, aboutit à une véritable décentralisation administrative, puisque cette collaboration tend à faire participer les citoyens à la gestion de leurs propres intérêts, d'une manière d'autant plus intime, qu'ils s'associent à une opération du pouvoir administratif plus imprégnée de puissance publique. Nous pensons donc avoir suffisamment établi que le résultant pratique de cette forme de collaboration s'analysait en une véritable décentralisation administrative, non accompagnée, par ailleurs, nous avons dit pourquoi, de décentralisation politique. Mais, il n'y a pas, entre cette forme de collaboration et la notion de décentralisation administrative, de simples rapports de fin à moyen, ou de cause à effet; il y a, entre elles, des rapports plus précis de structure interne, c'est-à-dire, que, non seulement, la collaboration des organismes privés aboutit à une centralisation administrative, mais aussi, elle emprunte les éléments essentiels de sa structure juridique aux procédés techniques, par lesquels se réalise nécessairement l'aménagement de toute décentralisation administrative, à savoir, la création formelle par les pouvoirs publics et la tutelle de ces derniers*»; Bernard GENY: «Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuelles», Thèse pour le doctorat en Droit, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1930, pp. 207 y 208.

una actividad administrativa<sup>82</sup> (el caso paradigmático en esto ha sido el de los contratistas o concesionarios de servicios públicos, y con mayor precisión el de la concesión administrativa).<sup>83</sup> Aquí lo que aparece como «descentralizada» es la gestión o prestación de una actividad de naturaleza administrativa, produciéndose un ejercicio por persona, —comúnmente— privado o particular, distinta al titular de esa actividad; y en lo cual esa persona (privado, particular) deviene en colaboradora de la Administración Pública en el funcionamiento administrativo.<sup>84</sup>

Sin embargo, a pesar de un planteamiento de ese tipo, otro sector doctrinal ha descalificado la posibilidad de ver en la colaboración de particulares o privados en el ejercicio de la función

<sup>82</sup> Para el profesor mexicano Gabino FRAGA: «La descentralización por colaboración se origina cuando el Estado va adquiriendo mayor injerencia en la vida privada y cuando, como consecuencia, se le van presentando problemas para cuya resolución se requiere una preparación técnica de que carecen los funcionarios políticos y los empleados administrativos de carrera. Para tal evento, y ante la imposibilidad de crear en todos los casos necesarios organismo especializados que recargarían considerablemente la tarea y los presupuestos de la administración, se impone o autoriza a organizaciones privadas su colaboración, haciéndolas participar en el ejercicio de la función administrativa»; Gabino FRAGA: *Derecho Administrativo*, 45a. edición, revisada y actualizada por Manuel FRAGA, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2006, p. 209.

<sup>83</sup> León DUGUIT destacaba como una forma de descentralización, junto a las que denominaba regional, patrimonial y funcionalista, a la concesión. Entre las varias obras de DUGUIT véase: *Manual de Derecho Constitucional*, traducción de José G. ACUÑA, 2da. edición española, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera, Madrid, 1926, pp. 76 y 77.

<sup>84</sup> Entre los que han dado cabida a esta idea de descentralización administrativa por colaboración, quizás por influencia de algunos de los autores franceses como los aludidos en notas precedentes, puede verse, solo con fin ilustrativo, por ejemplo, a los mexicanos: Gabino FRAGA: *Derecho Administrativo*, ob. cit., pp. 209; Jorge FERNÁNDEZ RUIZ: *Derecho Administrativo y Administración Pública*, 4ta. edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 2011, pp. 558 y ss.; BÁEZ MARTÍNEZ: *Manual de Derecho Administrativo*, 2da. edición, Editorial Trillas, México D.F., 1997, pp. 219 y 235; Miguel GALINDO CAMACHO: *Derecho Administrativo*, 2da. edición, Editorial Porrúa, S.A. de C.V., México, D.F., 1997, pp. 175 y ss. En Colombia, por ejemplo: Álvaro TAFUR GALVIS: *Las entidades descentralizadas*, 3ra. edición, Montoya y Araújo Ltda., Bogotá, 1984, pp. 31 y ss.; Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Derecho Administrativo general y colombiano*, 18va. edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2013, pp. 76 y 77; también en Libardo RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Estructura del poder público en Colombia*, 15ta. edición, puesta al día, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2015, pp. 33 y 34; Gustavo Humberto RODRÍGUEZ: *Derecho Administrativo general*, 2da. edición, Ediciones Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 107; Oscar Aníbal GIRALDO CASTAÑO: *Derecho Administrativo general*, 7ma. edición, Ediciones Abogados Librería, Medellín, 1997, p. 196.

administrativa una forma de descentralización administrativa, pues para esa fracción del pensamiento jurídico-administrativo la nota de la colaboración no es suficiente, sino que debe darse como algo esencial que la entidad a favor de la cual opera la descentralización debe ser una persona jurídica de Derecho Público y, en cuanto tal, estar ubicada dentro del esquema de la organización general del Estado. De ahí que, por ejemplo, se considere, o se niegue, la pretensión de incluir a la figura de la concesión como una expresión de la descentralización administrativa.<sup>85</sup>

Desde sus particulares aportaciones a —y visión de— las teorías del Estado y el Derecho, el austríaco Han Kelsen propuso también una distinción de la descentralización —que estudiaba especialmente en el marco de la estructura espacial del Estado— a partir de dos criterios: uno cuantitativo y otro cualitativo.

En un primer planteamiento, el maestro de Viena señalaba que la descentralización podía ser plena (o total) y parcial; en razón de lo cual explicaba:

La descentralización o articulación territorial de la comunidad jurídica, y, por tanto, la posibilidad de contenidos jurídicos diferentes para las distintas partes del territorio de la misma, puede tener diversos grados, considerada con criterio puramente cuantitativo. En el dominio de la realidad jurídica, la descentralización y la centralización no son nunca más que parciales, de modo que la articulación o descentralización refiérase bien únicamente a una determinada fase del orden jurídico, o —si se prescinde de eso— solo a una determinada competencia; en este caso se trata de normas que regulan solamente determinados objetos. Finalmente, podría pensarse también el caso de que la centralización y la descentralización alternasen sucesivamente dentro del mismo orden jurídico, como principios diferentes de organización. Naturalmente, tampoco es imposible una combinación de estas tres posibilidades.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Ver, por ejemplo: José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Tratado...*, ob. cit., p. 447; José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Principios jurídicos de la organización administrativa*, ob. cit., p. 229; Manuel María DIEZ: *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, con la colaboración de Tomás HUTCHINSON, 6ta. edición, Editorial Plus Ultra, 1991, p. 142.

<sup>86</sup> Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 217 y 218; ver lo que explicaba Kelsen sobre lo que llamaba descentralización total, en pp. 221 y ss. Por su parte, el francés BURDEAU es de los que se ha referido a la descentralización apuntado: «[...] Dado el lazo que se establece entre la descentralización y la distribución de competencias, resulta que la descentralización puede, al menos teóricamente, ser absoluta o relativa. Será absoluta cuando todas las actividades

Junto a esas ideas, el vienés agregaba:

Aparte de la distinción esencialmente cuantitativa entre la descentralización total y la parcial, es necesario distinguir, desde otro punto de vista, entre la descentralización perfecta e imperfecta; a diferencia de la primera, esta distinción es puramente cualitativa. Para que la descentralización sea perfecta, el establecimiento de normas únicamente válidas para una parte del territorio tiene que ser «definitiva» e «independiente». Definitiva, en cuanto no exista la posibilidad de que la norma local sea suspendida y suplantada por otra central; independiente, es decir, que le contenido de la norma local no sea determinable por una central [...].<sup>87</sup>

Algún otro criterio de clasificación de la descentralización administrativa ha sido planteado entre la doctrina. Así, por ejemplo, el profesor español RAFAEL ENTRENA CUESTA, es de los que ha referido la siguiente catalogación del fenómeno:

b) Desde otra perspectiva puede distinguirse entre la descentralización originaria, o de primer grado, y la derivada, o de segundo grado.

1. Es originaria la descentralización cuando el ente de que se trate deriva o depende, en su conjunto, de la Administración estatal en sentido estricto, es decir, de la Administración general del Estado.

2. En cambio, la descentralización es derivada cuando un ente descentralizado efectúa a su vez una descentralización. Así, los entes locales, por ejemplo, pueden prestar sus servicios públicos por el sistema de organismo autónomo local consistente en la creación de un ente público al que se encomienda la gestión de dicho servicio.<sup>88</sup>

### **A modo de Epílogo (que no lo es)**

No quisiéramos cerrar estas líneas, sin hacer unas muy someras reflexiones a modo de cierre, que, como la denominación

del grupo considerado dependan solo de él; será relativa si alguna de sus actividades solamente son sustraídas al dominio de una autoridad exterior. De hecho se piensa que solo existen casos de descentralización relativa»; Georges BURDEAU: *Tratado de Ciencia Política*, ob. cit., p. 56.

<sup>87</sup> Hans Kelsen: *Teoría General del Estado*, ob. cit., pp. 235.

<sup>88</sup> Rafael Entrena Cuesta: *Curso de Derecho Administrativo*, volumen 1/2, Organización administrativa, reimpresión de la 11ma. edición, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995, p. 25.

del acápite lo dice, ciertamente no son un cierre, sino, antes bien, un posible punto de partida para una reflexión posterior – y más abundante en espacio y sustancia – sobre el tema que nos ocupa; pero no ya solamente desde la perspectiva teórica, sino, con énfasis, a partir del contexto cubano actual.

En el panorama político, social y jurídico de nuestro país, especialmente a partir del segundo lustro de la primera década del siglo que transcurre, se ha venido dando un movimiento de transformaciones que gradualmente se han ido introduciendo, y que, como orientación o momento, oficialmente se ha calificado como «de actualización del modelo económico y social». De nuestro lado, y en nuestra interpretación, hemos insistido que lo que ese movimiento ha venido encerrando, más allá de denominaciones oficiales, es, en esencia, una reforma – instrumental – del sector público, que busca readecuar realidades y medios para un mejor cumplimiento de las finalidades públicas; así como también un reordenamiento de ciertos presupuestos de existencia e interacción de los sectores público y privado.

En este contexto, donde el debate sobre lo central y lo local, sobre la participación del Estado en el tráfico económico desde criterios de mejor y mayor eficiencia, eficacia, rentabilidad y sostenibilidad, se ha mirado a la descentralización administrativa como una de las claves de solución o, al menos, de señalización de posibles soluciones efectivas a los problemas y retos con los que se enfrenta hoy el sector público nacional y, en especial, el sector estatal. En este sentido, la voluntad política hoy no ha dejado de plantearse la mirada a la descentralización administrativa como cuestión a considerar en el proceso de transformaciones de ese sector.

Sin embargo, más allá de ciertas claridades sobre las necesidades de dar cabida entre nosotros a la descentralización administrativa, y la comprensión teórica de las ventajas que esta nos depararía en función de perfeccionar nuestra vida en comunidad políticamente organizada; lo cierto es que hay determinados datos históricos, de nuestro desarrollo político, jurídico y social, bajo los auspicios revolucionarios, que nos hacen pensar que no ha de ser simple desatar el camino a la descentralización, de un modo en que ese tránsito hacia mayores resortes descentralizados no sea tan accidentado y engorroso.

En este orden de cosas, es importante no perder de vista, tomando como punto de referencia esencial el triunfo de la Revolución el 1 de enero de 1959, que luego del advenimiento al poder del Gobierno

Revolucionario, su marcha, ascenso y afianzamiento, y con ello la consolidación de la obra de la Revolución (en todos los órdenes), se ha dado bajo los auspicios de la aplicación de una dinámica — fuertemente— centralizadora (y concentradora), que ha resultado pieza clave en la construcción del universo político y administrativo propio de la Revolución cubana a lo largo de lo que hubo de quedar del siglo xx, e incluso de lo que va hasta hoy de esta nueva centuria (xxi). De ahí que no sea desafortunado afirmar que el principio de centralización (se consagró como centralismo democrático en el artículo 66 de la Constitución —sin reformar— de 1976; mas, en 1992, desapareció la referencia directa en ese cuerpo jurídico) ha sido uno de los principios que ha marcado política y jurídicamente la organización y el funcionamiento del aparato público cubano, en el nuevo tiempo que se abre para el país a partir de 1959.

En consonancia con ello, e importando a nuestro caso viejas palabras que se dijeron en otro contexto temporal y espacial, es factible apreciar que la centralización es pieza que explica la obra administrativa (y socio-política) de la Cuba revolucionaria. De ahí que desarticular mecanismos centralizadores y concentradores que han dominado el planteamiento y práctica del fenómeno administrativo público patrio, a favor de mejores y mayores espacios de descentralización y desconcentración, cuya necesidad está dejando en claro la realidad administrativa de nuestro país, no sin cierta urgencia de llegar, y con calidad, a ello, ha de ser esfuerzo que no puede quedar señalado solo en el discurso político. Pero, sobre todo, ha de hacerse desde el imperativo de desprenderse conscientemente de viejos conocimiento y prejuicios —quizás hoy injustificados— y prácticas administrativas centralizadoras y concentradoras que lastran la búsqueda de eficacia y realización consecuente de nuestro espacio iuspúblico; y desde la convicción cierta de que la descentralización puede ser la pieza clave que permita explicar, y aplaudir, la futura obra administrativa de la Cuba revolucionaria.

Sobre la base de todo lo que hemos dicho hasta aquí en tema de descentralización administrativa, es dable pensar que la presencia de ese fenómeno, cada vez con mayor fuerza y convicción, en el debate cubano actual en torno al perfeccionamiento del aparato público, y las vías para proveer mayores y mejores satisfacciones de los intereses y necesidades generales, pasan por la percepción subjetiva, pero también objetiva, de que el modelo predominantemente centralizador de organización pública que se articuló entre nosotros desde hace tiempo en esta era de la Revolución Cubana, ha revelado insoslayables signos de agotamiento y de disfuncionalidad, y es



necesario corregirlo buscando otra tendencia en pos de necesarios e impostergables resultados efectivos, sin perder la perspectiva de las condiciones históricas concretas que hoy determinan la existencia de la nación cubana.

**SECCION III**

**DERECHO ECONÓMICO,  
DERECHO FINANCIERO Y DERECHO  
BANCARIO**



## **El Derecho Económico como disciplina científica en el proceso de actualización del modelo económico social cubano. Principales desafíos**

Marta Milagro MORENO CRUZ\*

Orestes DÍAZ LEGÓN\*\*

### **Introducción**

Las propias características de los diferentes sistemas económicos por los que ha atravesado la humanidad y las especificidades de la economía mundial actual fundamentan las discusiones suscitadas y que aún subsisten acerca de la autonomía, alcance del objeto de estudio y métodos de regulación jurídica del Derecho Económico. No ha sido un área de análisis pacífica y los debates aún no han concluido, por el contrario, se acrecientan. Esto por supuesto tiene su impacto también en la enseñanza de esta asignatura de no muy fácil asimilación en Cuba por parte de estudiantes de pregrado y postgrado, lo cual responde además de lo expuesto con anterioridad, a las características de nuestra economía, los cambios de los modelos de funcionamiento económico y la dispersión normativa que en esta esfera ha caracterizado nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el año 2011 en el máximo órgano legislativo de la nación, estas discusiones se tornan más álgidas y trascendentes en el orden económico, social y legal. El objetivo del presente trabajo es exponer y fundamentar nuestras consideraciones acerca del lugar, papel y contenido del Derecho Económico como ciencia en Cuba a partir de las transformaciones que de forma paulatina vienen aconteciendo en el modelo económico cubano y la impronta que ello debe tener en el perfeccionamiento sistémico del ordenamiento jurídico en esta materia.

\*Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de Derecho Económico y de Propiedad Industrial de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

\*\*Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). Profesor de Derecho Financiero y de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Nuestras aspiraciones solo trascienden a fundamentar una postura, que no es concluyente, acerca de la importancia de esta disciplina científica en la actualidad en nuestro país y su vínculo insoslayable e imprescindible con el resto de las ramas del saber en la ciencia jurídica, en especial el Derecho Administrativo, Mercantil y Derecho Civil.

### **Principales concepciones sobre el surgimiento y evolución del Derecho Económico como disciplina científica**

Iniciar destacando que cada sistema económico requiere su propio orden jurídico y por tanto su propia regulación de la actividad económica.

La relación entre Derecho y Economía es cambiante en el transcurso de la historia. Hasta finales del siglo XVII existe una ordenación moral de la economía. A lo largo de los siglos XVIII y XIX aparece la idea de una ordenación natural de la economía en sí misma que dará lugar a un sistema jurídico basado en la libertad para no perturbar ese orden natural económico. Frente a una ordenación económica orientada a la ética, se inicia un modelo económico orientado a la creación de riquezas y bienestar. Dicho orden económico natural se aprecia en la obra de Adam SMITH *La riqueza de las Naciones*, 1776. Según esta concepción es fundamental la libertad y el sistema jurídico debe tratar de no perturbar la mano invisible, es decir el orden natural económico. No hay mejor justicia que la que acuerden las partes, mientras que ello se haga con libertad (no forzados) con igualdad (sin que uno imponga condiciones sobre otros) y con simetría informativa.<sup>1</sup> El Derecho sigue siendo el principio creador de los hechos económicos, pero ya no se orienta en la ética, sino que se convierte en un mero instrumento del bienestar económico elevado a la categoría de valor autónomo.

Así vemos cómo en el siglo XIX prima la concepción del Estado liberal que tiene como principios básicos el liberalismo económico, el Estado Gendarme, la separación Estado-Sociedad y la distinción entre derecho privado y público, así como la libertad y propiedad como derechos garantizados.

Entre los años 1920 y 1940 aparecen acontecimientos que vienen a desmentir el orden natural de la economía:

. La Revolución industrial que trae como consecuencia grandes migraciones, concentraciones urbanas y graves problemas sociales de todo tipo.

<sup>1</sup> Adam SMITH: *La riqueza de las naciones*, 1776.

. La primera guerra mundial (1914 a 1918) que justificará un derecho de guerra de intervención estatal.

. Con la crisis del 29 se agudizan los conflictos sociales iniciados frente a la revolución industrial, lo que condiciona que el Estado debe acudir en ayuda de grandes masas desheredadas.

. En el período de entreguerras surgen grandes concentraciones industriales y empresariales, especialmente en Estados Unidos, Inglaterra y más tarde en Alemania que falsean y hacen engañosos el mercado, dando lugar a las primeras leyes antimonopolio.

Así se considera por muchos autores que el Derecho Económico surge como Derecho de Guerra, a partir de la necesidad que tiene el Estado de dictar disposiciones sobre moratorias, incautaciones y requisas, intervención, militarización y nacionalizaciones de fábricas e industrias para la mejor defensa de la economía nacional, adoptar medidas encaminadas a la protección de la moneda con el fin de evitar su posible depreciación, impedir el alza excesiva de los precios y las que disponen el racionamiento de artículos de primera necesidad para el consumo. Es así como el concepto de Derecho Económico aparece en Alemania después del final de la guerra del 1914 a 1918, en la obra *Deutsches Wirtschaftsrecht* de su autor HEDEMAN, quien es considerado el profeta de esta rama y defensor de la misma como disciplina jurídica.

El Derecho Económico en la posguerra significa un nuevo orden jurídico que se proyecta sobre la economía, caracterizado por un profundo sentido colectivo y social y que con intensidad diversa acepta como premisa inicial la crisis del puro liberalismo económico como sistema. Es este desorden natural el que exige un cambio en la función del Estado ante la actividad económica; frente el Estado abstencionista que cuidaba el orden económico con principios generales prohibitivos, se requiere un Estado intervencionista que ordene la actuación económica con concretas reglas positivas.

Así vemos como en esta etapa de economía de guerra el Derecho Económico se concibe como el Derecho de la intervención del Estado en la economía. La evolución de las condiciones tecnológicas de producción social de ciertos intereses privados, la toma de conciencia de las deficiencias de la competencia y la gran depresión de los años treinta, provocaron un escepticismo creciente con respecto de los mecanismos de autorregulación del mercado. En consecuencia, el intervencionismo del Estado se ha desarrollado para modificar el equilibrio entre poderes públicos y privados y ha adoptado dos formas principales, por una parte, el dirigismo económico destinado a guiar esta actividad y por otra, la actividad económica directa del Estado.

En la segunda década del siglo xx se comienza a manifestar el capitalismo monopolista de Estado en los países capitalistas más desarrollados; el proceso de socialización de la producción exigía la dirección de dicha actividad productiva y su distribución a nivel de toda la economía nacional a los efectos de garantizar la reproducción capitalista. John M. Keynes constituye el exponente central e ideólogo de esta etapa y en su obra *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*, fundamenta su teoría a los efectos de dar respuesta a los problemas más acuciantes del capitalismo contemporáneo ofreciendo recetas que garantizaran la supervivencia de este sistema. En sus postulados enarbola la necesidad de que el Estado capitalista participase como elemento activo y determinante en la esfera económica.<sup>2</sup>

Otros períodos claves del Derecho y la regulación económica se enmarcan en los años 60 motivado por el desarrollismo y la tecnocracia, en su esfuerzo por mantener una prosperidad creciente, y en los 90 para hacer frente a la globalización de la economía y a las medidas liberalizadoras que la acompañan, que tienen su punto central en las concepciones neoliberales (HAYEK, MILTON FRIEDMAN) que definen al mercado como mecanismo ideal para la distribución y redistribución de los recursos y adoptan la tesis del «Estado Mínimo». En cada momento histórico, los análisis y estudios de las respectivas generaciones tratan de racionalizar las respuestas de gestión y regulación que entienden necesarias ante las circunstancias apremiantes y nuevas de cada ocasión. Por tanto, en los años 30, 60 y 90 la intervención del Estado en la economía fue una cuestión central, y por ello se estudiaba intensamente llegando en cada momento a soluciones divergentes. Era así porque los objetivos concretos fueron distintos: luchar contra la depresión mundial, ordenar y prolongar el desarrollo o liberar fuerzas económicas reprimidas. La solución o respuesta a cada uno de estos problemas debe buscarse en el mismo terreno, sobre un conocimiento de base, firme y sólido, respecto al modo en que interaccionan el Estado, el Derecho y la Economía.

En este análisis evolutivo de los diferentes sistemas económicos no podemos dejar de mencionar los fundamentos del sistema socialista, que aparece a partir del triunfo de la Revolución Socialista de Octubre, expresados en la propiedad estatal socialista y la planificación centralizada, a partir de la concepción del carácter social de la producción y de la apropiación de las riquezas. A

<sup>2</sup>John M. KEYNES: *Teoría General de la Ocupación, el Interés y el Dinero*.

diferencia de las concepciones neoliberales, el Derecho Económico en el socialismo supone un derecho de máximos, dado al papel que le corresponde al Estado en la ordenación y regulación de la economía que trasciende al mero enfoque intervencionista.

En esta dirección no podemos dejar de referirnos a lo expresado por GALÁN cuando expresaba:

Si se acepta que el Derecho de la Economía es el derecho de la ordenación económica, estará en función del sistema económico adoptado y, en este sentido la categoría que nos ocupa es objeto de consideración, tanto en los países con economía de mercado como en los países de economía centralizada, si bien —como es lógico— su contenido no será homogéneo, no solo por el diferente sistema económico, sino también por la diferente sistematización del ordenamiento jurídico que el nuevo orden sociopolítico requiere en los Estados de planificación central.<sup>3</sup>

En tal dirección podemos concluir que cada sistema económico requiere su propio orden jurídico y por tanto su propio Derecho Económico.

Llegado a este punto del análisis es menester destacar las principales concepciones científicas que han tratado de dar respuesta a la definición del objeto de estudio y contenido del Derecho Económico, no sin antes dejar pautado la diversidad de posiciones en esta dirección, por lo que hemos tratado de sistematizar las más relevantes a los efectos de los objetivos centrales del trabajo.

La línea de pensamiento que fija un determinado contenido material al Derecho de la Economía no presenta un carácter unitario. Unas atribuyen al Derecho Económico un contenido amplio y en tal sentido consideran que el Derecho de la Economía integra todas las normas, tanto del derecho público como de derecho privado en cuanto estén referidas a la vida económica. La acepción restringida reduce el ámbito del Derecho de la Economía al conjunto de normas jurídicas, a través de las cuales el Estado lleva a cabo la dirección de la actividad económica. Esta última concepción ha tenido mayor aceptación, la cual conduce a la identificación del Derecho de la Economía con el denominado Derecho Administrativo Económico, complementado con la temática referida a la Constitución Económica. La consideración de un contenido amplio suscita importantes reservas, al contemplar en la categoría de Derecho de la Economía a un contenido

<sup>3</sup> E. GALÁN CORONA: Prólogo a *Mercado y Derecho*, de N. Reich, Barcelona, Ariel 1985, p. 10.



de reglas jurídicas pertenecientes a muy diversos sectores del ordenamiento jurídico.

Desde la perspectiva sustantiva se podría destacar que el Derecho Económico es preferentemente, aunque no exclusivamente, derecho público económico. También incluye el derecho de la empresa y el derecho del mercado, parcelas del Derecho Mercantil, progresivamente publicado.

Si evaluamos la concepción estrecha, sería objeto de regulación del Derecho Económico las normas relativas a las nacionalizaciones, empresas públicas, planificación indicativa, finanzas exteriores, control de cambios, precios, convenios económicos, prácticas comerciales prohibidas, entre otras.

Incluso concebido de forma estrecha, el Derecho Económico no escapa a algunos aspectos privados, se adentra en su terreno. No solo se trata en esta rama del Derecho de asegurar el control, sino de asumir una dirección, de crear una verdadera colaboración de los poderes públicos y las empresas, con el fin de coordinar la actividad de estas con la actividad general.

Ejemplo elocuente de esta concepción estrecha es la sostenida por la doctrina alemana que utiliza la noción Derecho de la Economía y no Derecho Económico. Este derecho englobaría el armazón jurídico del dirigismo económico o de la intervención de los poderes públicos en la actividad económica, sería un sistema de medidas del Estado tendente a limitar y dirigir la actividad económica independiente o también el instrumento de la política económica.

Materias destinadas a ser objeto de este sistema, según los teóricos alemanes serían los precios, subsidios, reglamentación de determinados sectores, restricciones de la competencia y los abusos de poder económico, actividad económica de los poderes públicos, la socialización de los medios de producción y los intercambios exteriores.

Asimismo, dentro de esta concepción estrecha encontramos la teoría del Derecho Administrativo de la economía desarrollada especialmente por E. R. HUBER. Se relaciona con la introducción mediante procedimientos y órganos establecidos en virtud de la ley, de los principios de la constitución económica y de las intervenciones restrictivas de los poderes públicos en la actividad económica.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, Francia 1974.

Entre las tesis que defienden la concepción amplia del Derecho económico podemos exponer las siguientes:

HAMEL y LAGARDE destacan que «El Derecho Económico tiene la misión de regir la vida económica y concretamente la producción y circulación de las riquezas. Se considera una ampliación del Derecho Comercial».<sup>5</sup>

Por su parte CHAMPAUD lo reconoce como:

El Derecho de la organización y del desarrollo económico, tanto si proceden del Estado, iniciativa privada o un concierto de ambos». Incluye estructura y funcionamiento interno de la empresa, relaciones con otras empresas, relaciones con el poder público. Para este autor trasciende a diferentes ramas del Derecho. «Lo que me ha llamado a sentir la necesidad del Derecho Económico es una realidad económica nueva que se perfila a través de todo el derecho moderno un lugar de selección: la empresa.»<sup>6</sup>

El autor KRAUSE considera que:

El campo de lo económico se ofrece como una elipse cuyos dos focos se llaman: dirección o conducción estatal de la economía y actividad creadora del empresario. Así concebido el nuevo Derecho de la Economía, contiene de un lado, aquellas normas que dan forma y medida a la dirección política o estatal del mundo económico y de otro aquellas reglas que ordenan el ambiente en el que pueden moverse los sujetos del obrar económico, es decir la iniciativa particular.<sup>7</sup>

POLO destaca que:

El Derecho Mercantil es el derecho llamado a regular la vida y relaciones de la empresa como organismo en sí contemplado en su doble aspecto funcional e instrumental, susceptible de actuar como sujeto económico y objeto de relaciones negociales. El Derecho de la Economía en cambio no agota su contenido en la mera regulación de la vida y relaciones de las empresas. Si bien arranca preferentemente del concepto de empresa como sujeto por cuya cuenta y riesgo gira una economía, en su regulación tiene presente fundamentalmente las exigencias políticas que se derivan de la presencia del interés público en

<sup>5</sup>A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, Francia 1974.

<sup>6</sup>Ídem.

<sup>7</sup>Antonio POLO: «El Nuevo Derecho de la Economía», *Revista Derecho Mercantil*, no. 3, Madrid, 1946.

toda actuación económica y de la función rectora que el Estado asume hoy respecto de la economía considerada en conjunto y con visión unitarista, correspondiéndole el mérito de arrojar nueva luz sobre la vida de la empresa desde puntos de vista múltiples y bajo un aspecto más amplio que aquel en que es contemplada por el Derecho Mercantil.<sup>8</sup>

FREDERICQ subraya que «El Derecho Económico constituye una extensión del Derecho Comercial», «preámbulo de la absorción del Derecho Comercial por un Derecho con contornos más amplios, el Derecho Económico».<sup>9</sup> Este mismo autor considera el Derecho Económico como «el conjunto de reglas jurídicas aplicables a las empresas que participan en la actividad económica y que son explotadas mediante métodos comerciales, tanto si presentan un carácter de Derecho Público como de Privado».

EIKINTSCHER distingue entre el derecho general de la economía y el derecho especial de la economía, el primero se refiere a las instituciones jurídicas fundamentales de la actividad económica (derecho de propiedad, derecho de contratos, derecho de la competencia), mientras que a la segunda pertenecerían las diversas medidas particulares por las cuales los poderes públicos intervienen de manera restrictiva en la actividad económica: tanto las intervenciones del Estado destinadas a asegurar el funcionamiento armónico de la eficiencia económica, como a las intervenciones del Estado destinadas a algunos sectores o actividades determinadas, concepción amplia que cuenta con la adhesión de numerosos autores como ya hemos expresado.<sup>10</sup>

De sumo interés resultan los análisis centrados no en la definición del Derecho Económico, a partir de su contenido y objeto, sino desde una perspectiva metodológica e instrumental.

En este sentido se considera que el Derecho Económico no es una nueva materia jurídica, sino una nueva óptica frente a materias tradicionales. Se trata de concepciones que prescinden de la determinación del objeto de la categoría y atienden a otros criterios tales como el espíritu de una época dominada por el peso de lo económico, la aplicación del método sociológico jurídico a aquellas instituciones jurídicas que inciden directamente sobre la realidad económica o, incluso, la percepción en el Derecho de la

<sup>8</sup> Antonio POLO: «El Nuevo Derecho de la Economía», *Revista Derecho Mercantil*, no. 6, Madrid, 1946.

<sup>9</sup> A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, Francia 1974.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p 21.

Economía de la tensión entre libertad económica y las limitaciones impuestas a la misma por el Estado de modo creciente en aras de unas altas costas de justicia social e igualdad entre los ciudadanos.

Por su parte, ROJO califica al Derecho Económico como categoría sistemática que cruza el ordenamiento diagonal, abarcando materias de Derecho Público (constitucional, administrativo, penal, fiscal) y Derecho Privado (civil, mercantil y laboral).<sup>11</sup>

En tanto el Estado, cualquiera sea la forma adoptada y la filosofía política en que se inspira, procede a la ordenación de la economía o en cuanto deje a determinadas fuerzas sociales la realización de esa ordenación, existe Derecho Económico.

La materia jurídico-económica es una materia jurídica compartida. No existe una materia exclusiva del Derecho Económico, lo cual no significa que no exista una materia propia. El contenido del Derecho Económico se integra por elementos del Derecho Constitucional, el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Administrativo, el Derecho Fiscal, el Derecho Penal e incluso el Derecho Concursal. El Derecho Económico engarza estos elementos heterogéneos con arreglo a un nuevo principio sistematizador que consiste en la necesidad de ordenar y reglamentar de forma integral la economía, en función de los principios de política económica y de las necesidades del modelo de funcionamiento de la economía que se adopte.

El Derecho Económico no es un Derecho aglutinador de las nuevas normas en las que se manifiesta el intervencionismo estatal, sino aquel derecho en el que se integran aquellas normas que determinan los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio, incluidas las medidas de política económica de carácter coyuntural, el régimen jurídico de mercados, la organización y funcionamiento de los sujetos económicos que operan en él y las relaciones entre los mismos, el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como los bienes y servicios en relación con estas actividades.

Por estas razones la instrumentalidad es característica esencial del Derecho Económico. La categoría solo puede tener sentido como instrumento de conocimiento y de valoración en función de las instituciones en materia económica.

GALÁN reitera el carácter instrumental del Derecho Económico al definir: «Está orientado en función de los principios informadores del sistema económico, para cuya realización pone a disposición los instrumentos jurídicos apropiados».<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Gaspar ARIÑO ORTIZ: *Principios del Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2003.

<sup>12</sup> E. GALÁN CORONA: Prólogo a *Mercado y Derecho*, ob. cit.

Esta instrumentalidad, que no convierte a las instituciones jurídicas en instituciones económicas, pone de manifiesto la correspondencia de la realidad económica con la ordenación normativa de la misma que es objeto del Derecho de la Economía y hace posible el avance del Derecho, en cuanto obliga a la pertinente reforma o en su caso a la formación de las instituciones jurídicas correspondientes. Y continúa GALÁN:

Esta instrumentalidad no debe conducir a reducir al Derecho de la Economía en mera condición de servidor de la economía. El Derecho de la Economía no puede renunciar a la realización de su idea de justicia y, consiguientemente a influir en la conformación de las relaciones sociales, en este caso de la ordenación de la economía. Sus normas han de interpretarse y aplicarse con criterios jurídicos y no económicos, lo que no debe ser obstáculo para tener plena conciencia de los intereses en juego y de la función económica de las mismas, pero sin que esta función económica constituya el criterio prevalente.

Las instituciones del Derecho Económico deben interpretarse además con un criterio no solo conceptual sino teleológico y finalista.<sup>13</sup> Es por todo lo anterior, que al caracterizar al Derecho Económico evocamos su carácter finalista, dinámico, instrumental, complejo y humanista.

Como ya se ha destacado, la complejidad de las relaciones tuteladas por el Derecho Económico, su carácter coyuntural y su correspondencia con sistemas económicos de diferentes naturalezas ha traído aparejado la diversidad de criterios en torno a su objeto de regulación. Además de las concepciones esgrimidas anteriormente, se destacan otras que manifiestan la heterogeneidad del objeto de regulación de esta ciencia y las que se corresponden con las características propias de los diferentes sistemas jurídicos de algunos países. En este orden de análisis se resaltan las siguientes:

A. JACQUEMIN:

El Derecho Económico no es una nueva materia jurídica sino una nueva óptica con respecto a materias tradicionales, como por ejemplo lo es el derecho comparado. Se trata de una calificación del Derecho; es el derecho visto en sus consecuencias económicas. Mas que un «derecho» es una forma de considerar el derecho.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> E. GALÁN CORONA: Prólogo a *Mercado y Derecho*, ob. cit.

<sup>14</sup> A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, ob. cit.

De ello resulta que todas las disposiciones comerciales, sociales, y civiles pueden ser reconsideradas a la luz de su impacto sobre el juego de la economía descentralizada. El Derecho Económico consiste en hacer explícito y consciente ese impacto, de tal manera que se presente claramente favorable a las exigencias del sistema económico o como si se opusiera deliberadamente a él por objetivos superiores definidos con precisión.

Ejemplo elocuente de la imprecisión del objeto de estudio del Derecho Económico es la definición ofrecida por C. DEL MÁRMOL en una receta de coctel:

Tome un *shacker* a la medida. Ponga en él una medida del Derecho Comercial, coloréelo con pigmentos de Derecho Social; añada una buena dosis de Derecho Fiscal y de Derecho Administrativo, sazónelo con una pizca de Derecho Civil. Espolvoree abundante Sociología y Economía Política, agítelo a voluntad y sírvalo fresco. Bautice ese brebaje jurídico como Derecho Económico.<sup>15</sup>

Por su parte E. CEREXHE señala que:

El Derecho Económico está constituido por el conjunto de reglas jurídicas que permiten al Estado actuar activamente en la economía. Debe ser definido no por su objeto, sino por su función, constituye uno de los instrumentos que permite a los poderes públicos realizar eficazmente su política económica.<sup>16</sup>

En relación con los sistemas jurídicos a continuación apuntamos las concepciones de diferentes países.

Para los latinoamericanos el Derecho Económico es el Derecho del desarrollo económico. En países dependientes el centro del Derecho Económico será el conjunto de disposiciones jurídicas normativas dirigidas a promover el desarrollo económico y social en pos del bienestar colectivo. En esta dimensión Jorge WITKER conceptualiza al Derecho Económico como:

El conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías, sustancialmente de derecho público, que inscritas en un orden público económico plasmado en la carta fundamental, facultan al Estado para planear indicativa o imperativamente el desarrollo económico y social de un país.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, ob. cit.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>17</sup> Jorge WITKER: *Antología de Estudios sobre Derecho Económico*, UNAM, 1978, p. 19.

En los Países Bajos se utiliza la noción Derecho Social Económico, elaborada por A. MULDER en 1949. Según esa concepción, que es de tipo macroeconómico, el Derecho Social Económico agruparía el conjunto de reglas de derecho orientadas directa o indirectamente a influir de manera consciente en el desarrollo del mercado; esas reglas pueden tener orígenes muy diversos, desde la actividad central hasta los grupos de empresas que se derivan del Derecho Público o también convenciones libremente acordadas por los miembros de una organización profesional, pero legalmente obligatorias con respecto a terceros.<sup>18</sup>

El término económico va precedido de social para precisar que se considera la organización de la economía como actividad social global y no a nivel de empresa. No comprende el Derecho de los Negocios y los autores generalmente consideran que procede del Derecho Público. Comprende temáticas como el derecho de la competencia, los precios, acceso a profesiones comerciales, control de créditos, transporte, comercio exterior, calidad.

En el sistema jurídico italiano se reconocen varias corrientes:

La primera, defendida por MOSSA, sostiene que el Derecho de la Economía agrupa una serie de instituciones susceptibles de rápidas metamorfosis normativas y que superponen el Derecho Público y el Privado.<sup>19</sup>

La segunda, señala que el Derecho de la Economía se relaciona esencialmente con la acción de la administración pública en el campo de la economía. Se trata de un Derecho Público de la Economía.

La tercera corriente postula, que el Derecho de la Economía no puede ser definido por su objeto, sino que por el contrario, constituye una disciplina general y particular a la vez, pues está destinada a estudiar, de manera panorámica, toda una serie de instituciones; es este un enfoque que integra las disciplinas tradicionales, pues superpone a la estructura dogmática y formal de las otras disciplinas un objetivo teleológico y práctico. En esta dirección puntualiza que el Derecho de la Economía debe constituir un punto de encuentro entre juristas y economistas.

Concluyendo este tópico debemos destacar que los fundamentos y características especiales del Derecho Económico hacen que se relacione de forma especial con materias económicas como la economía política, la macro y microeconomía y con materias

<sup>18</sup> A. JACQUEMIN y G. SHERANS: *El Derecho Económico*, Francia, 1974, p. 49.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p 51.

e instituciones jurídicas de diferente naturaleza, tanto pública como privada. Es absoluto en este campo jurídico definir que un determinado asunto es objeto propio del Derecho Económico, para ello debemos dilucidar la finalidad y razón de ser de la norma y de la institución que la respalda, así como los métodos propios de regulación jurídica. Por solo destacar un ejemplo, las normas del Derecho tributario solo serán materia del Derecho Económico cuando a su tarea recaudadora fiscalista agreguen mecanismos e incentivos de política económica y logren remplazar la función captadora de ingresos por mecanismos de fomento y desarrollo en determinados sectores de la economía.

### **Dos elementos básicos para la comprensión del alcance del derecho económico en los diferentes sistemas económicos**

Antes de adentrarnos en el análisis propio de la manifestación del Derecho Económico en Cuba, consideramos pertinente analizar dos elementos básicos que marcan las pautas del nivel de intervención estatal en la economía y que por ello trascienden a la hora de conceptualizar un determinado sistema económico y las bases normativas en el orden jurídico económico que lo sustentan.

#### *Principios de subsidiariedad y solidaridad*

Ambos principios están relacionados con los modelos teóricos de organización económica: libre iniciativa económica y decisión empresarial y dirección centralizada de la economía. Los mismos no tienen igual valor y aplicabilidad en todos los tiempos y países, sino que en su concreción se deberá analizar la realidad histórica, económica y social y cultural de cada país.

La subsidiariedad se manifiesta de forma institucional y estatal. La primera significa descentralización política administrativa, o sea reserva a los gobiernos regionales y locales de todas aquellas cuestiones que afectan predominantemente sus intereses. La estatal se refiere a las relaciones entre los individuos y el Estado. Aquí se manifiesta no una cuestión organizativa sino sustancial, cuál debe ser el grado de intervención y protagonismo del Estado en la vida económica y social del país y cuál debe ser el ámbito de libre actuación de los ciudadanos y grupos sociales intermedios. De esta forma la subsidiariedad estatal o función subsidiaria del Estado (manifestación del Estado empresario) significa que no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, como tampoco lo es porque daña y perturba el recto orden social quitar



a las comunidades menores lo que ellas pueden realizar por sí mismas, para atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada (En estos términos se pronunció la encíclica *Quadragesimo anno*, de Pío XI). El papel del Estado es crear las condiciones para que la libertad y creatividad del hombre puedan ser ejercidas fácilmente.

El principio de subsidiariedad debe tener una instrumentación legal y respaldarse legalmente en las disposiciones jurídicas económicas (Constitución económica y disposiciones relacionadas con los sujetos de gestión de la actividad económica estatal y no estatal, planificación, derecho de la competencia, ordenación del mercado, contratación pública). Insistimos, debe trascender al ordenamiento jurídico positivo y no ser solo uno de los principios inspiradores de la política social y económica.

El principio de la solidaridad social es la consecuencia de la naturaleza social del hombre, que debe llevar a éste a una firma y perseverante actitud de contribución al logro del bien común que significa el reconocimiento de su dignidad, la defensa de sus derechos básicos. Tiene tres manifestaciones básicas en materia de derecho de propiedad, régimen legal de la empresa y régimen fiscal.

### **Descentralización de la actividad económica**

Las complejidades y el proceso global de socialización que se presenta en la sociedad crean nuevas instituciones y regulaciones que tienen como finalidad proteger y amparar el interés colectivo y social. Las relaciones jurídicas autónomas, que tienen como centro a los individuos negociando en igualdad de condiciones y que ha sido la base del Derecho tradicional, son suplantadas por relaciones donde el interés colectivo, a través del Estado, impone condiciones y las institucionaliza. A partir de ello se requiere un nuevo Derecho que preserve el cumplimiento de las políticas económicas a los efectos de garantizar estos derechos colectivos sin vulnerar los intereses de los agentes económicos que se encargan de la realización plena de las riquezas sociales, quienes deben tener el nivel de participación y descentralización requerido para el cumplimiento de sus fines.

A tales fines WŁODZIMIERZ señala que las decisiones económicas tomadas en un sistema socialista se dividen en tres grupos, la decisión de si nos encontramos ante un modelo centralizado o descentralizado, estriba en la respuesta de quién toma las decisiones con respecto al grupo de las «decisiones económicas corrientes» referidas a la estructura y dimensiones de la producción en las

diversas empresas, a las dimensiones y estructura de los gastos, a las orientaciones de las ventas y a las fuentes de aprovisionamiento, a las inversiones menores y a las formas particulares de retribución a los trabajadores.<sup>20</sup>

Este modelo descentralizado se caracteriza por el hecho de que el nivel de decisión central diseña el plan de la economía para un horizonte temporal determinado, la autoridad correspondiente toma las medidas relacionadas con la distribución de la renta nacional y la elección de las direcciones principales de inversión mediante la distribución del fondo de inversiones centralizado en los diferentes sectores. También hay decisiones como las concernientes a la autorización y creación de las diferentes entidades económicas que no deben estar en manos de los agentes económicos.

A favor de este modelo descentralizado se han esgrimido diferentes argumentos que tampoco podemos categorizarlos como absolutos pero que nos orientan sobre su eficacia, sustentados en:

- . La elasticidad con la cual la estructura de la oferta se ajusta a la estructura de la demanda.
- . Utilización racional de los factores productivos y de las condiciones para minimizar los gastos con el fin de obtener los efectos positivos.
- . Uniformidad en el proceso de reproducción ampliada, es decir la exigencia de un desarrollo equilibrado.
- . Aseguramiento de condiciones convenientes para la actividad planificadora del nivel de decisión central.
- . Rigurosa conformidad entre el sistema de precios y el conjunto de condiciones económicas.

Veremos posteriormente el reflejo de estos dos principios el de la subsidiariedad y el de la descentralización en la economía cubana actual.

### **Evolución del Derecho Económico en Cuba y su expresión actual**

Al inicio del triunfo revolucionario las transformaciones económicas se realizan aún dentro del marco del sistema económico anterior. Excepto la tierra que, en virtud de la primera ley de reforma agraria, pasó de propiedad privada a estatal, así como ciertos bienes que fueron confiscados a las personas vinculadas

<sup>20</sup> Brus WŁODZIMIERZ: *El funcionamiento de la economía socialista*, Ed Olkos-tau S.A. Barcelona, 1969, pp.

directamente con el régimen de la tiranía, el resto de los bienes fundamentales de producción se mantienen bajo propiedad privada capitalista.

A mediados de 1960, a partir de las agresiones provenientes de los Estados Unidos, se promulgan diversas normativas en materia de nacionalizaciones. Ejemplo de ellas, la Ley 851 de julio de 1960 que faculta al presidente y primer ministro para disponer mediante resoluciones conjuntas las nacionalizaciones de las propiedades norteamericanas, la Ley 890 de 13 de octubre de 1960 dispuso la nacionalización, independientemente de la nacionalidad de sus propietarios, de todas las empresas industriales y comerciales, así como de las fábricas, almacenes y depósitos y la ley 891 de esa misma fecha nacionalizó todas las instituciones bancarias privadas nacionales, declarando como pública la función bancaria.<sup>21</sup>

Con la aplicación de estas normativas se dispuso el traspaso a propiedad estatal de la mayoría de los bienes de producción, lo que trae aparejado la aparición y fortalecimiento del sector estatal de la economía.

A partir de este momento, se inician las discusiones en torno a las teorías que debían aplicarse en la organización y conducción del sistema de dirección y gestión de la economía. Por una parte, los que sostenían la aplicación del sistema de financiamiento presupuestario, desarrollado como es conocido, por el Che y los partidarios del sistema de autogestión financiera o autofinanciamiento. Se dictaron normativas para regular ambos sistemas como por ejemplo la Ley 1122 de 1963 reguladora del sistema presupuestario de financiamiento de las empresas estatales, el Decreto 36 de 1962 relativo al procedimiento para las empresas que operan por el sistema presupuestario de financiamiento y el Decreto 35 de 1962 que establece el procedimiento para las empresas que no operan por el sistema presupuestario de financiamiento.<sup>22</sup>

En el año 1968 se lleva a cabo el proceso conocido como ofensiva revolucionaria a los efectos de limitar el sector privado de la economía, nacionalizando las actividades comerciales, industriales y de servicios en manos de particulares. También esta decisión respondió a necesidades coyunturales en el orden económico y político de la nación.

<sup>21</sup> COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Económico*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 84.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p 86.

En los años del 1971 a 1975 se reconocen los errores cometidos en la dirección de la economía y se retoma el uso de las categorías financieras. En 1975 se produce el I Congreso del Partido Comunista de Cuba, que aprueba la Plataforma Programática en la cual se dispuso que:

El sistema de dirección económica debe basarse en el reconocimiento del carácter objetivo de las leyes económicas del socialismo, en la necesidad de la planificación centralizada conjugada a la vez con la autonomía de las empresas en su gestión económica operativa; en la existencia y utilización más eficaz de las relaciones monetario mercantiles y de la ley del valor, incluso entre las empresas estatales, utilizando eficazmente las finanzas y sus categorías.

En el año 1976 es aprobada la *Constitución de la República de Cuba*, en la cual se establecen los fundamentos económicos del Estado cubano. Se implementa el Sistema de Dirección y Planificación de la economía, aprobado en el I Congreso del PCC que se sustenta en la aplicación del cálculo económico. En el año 1979 se aprueba el Decreto 42 «Reglamento General de la Empresa estatal socialista» que regula el funcionamiento de la empresa estatal adaptado a los principios del nuevo sistema de dirección económica.

En los sucesivos Congresos del PCC siempre se adoptaron resoluciones evaluando el comportamiento de la implementación del sistema de conducción de la economía nacional y a partir de ahí se promulgaron las normativas económicas que refrendan el funcionamiento y aplicación del mismo. Destacar solo las relacionadas con la contratación económica en 1978, las que implementaron el sistema de arbitraje estatal en el país en el propio año 1978, la regulación del proceso inversionista nacional en 1977, y la inversión extranjera en 1982.

En los años del 1986 al 1989 se identifican una serie de errores y tendencias negativas que se venían cometiendo en la conducción de la política económica. Recordemos el proceso de rectificación de errores y tendencias negativas que en el orden económico se manifiesta no en el diseño y aplicación de un nuevo modelo, sino que ante problemas específicos se adoptan medidas y soluciones concretas. A esto se une el derrumbe del campo socialista en el año 1989. A partir de esta difícil situación en el orden político y económico se adoptan importantes transformaciones económicas que implicaron un diseño diferente en términos de modelo

económico. Se habla en términos de modelo descentralizado con amplia participación de las entidades en la toma de ciertas decisiones económicas.<sup>23</sup>

Se produce la reforma constitucional en el año 1992 y se reconoce en su artículo 15 el carácter reversible de la propiedad estatal, a la vez que se incluye la propiedad de las empresas mixtas y se produce la desmonopolización del comercio exterior. A las modificaciones del texto constitucional se adicionan otras medidas económicas como la despenalización de la tenencia de divisas con el Decreto ley 140 del año 1993, la promoción a la inversión extranjera a partir de la ley 77/95, la adopción de las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial con la promulgación del Decreto ley 87/98 y la aparición de nuevos espacios concurrenciales como el mercado de bienes agropecuarios, el de bienes industriales y artesanales y el de servicios ofertados por los trabajadores por cuenta propia.

El VI Congreso del PCC marcó un momento crucial en nuestro proceso de transformaciones socialistas al definir los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, a partir de un proceso de debate y discusión colectiva a nivel de todo nuestro pueblo.

Principios y postulados básicos conducen y orientan este proceso de cambios que tienen como objetivo central la consolidación e irreversibilidad de nuestro sistema socialista. Por ello sus fundamentos no los podemos circunscribir a la esfera económica, trascienden a lo político y a lo social en primer plano, al enaltecer el papel del hombre en la preservación de nuestro sistema, para lo cual es imprescindible satisfacer sus necesidades sociales, pues a decir del Che, si ello no se garantiza no vale la pena ser socialista. Para lograr que el individuo se sienta partícipe se requiere entonces que el Estado garantice su plena libertad y dignidad y ese es el fin prioritario que debe orientar la dirección de la política economía en el actual contexto cubano.

En otro orden de ideas dejar pautado que en la economía cubana actual está fuera de toda discusión el papel rector del Estado y la necesidad de su intervención para definir las decisiones estratégicas, la política crediticia, tributaria, salarial y monetaria, ordenar, pautar el modo y los límites en el accionar de los operadores económicos y controlar; la discusión es hasta dónde hacerlo, cómo hacerlo y la medida de su actuación

<sup>23</sup> COLECTIVO DE AUTORES: *Temas de Derecho Económico*, ob. cit., p. 93.

en cada una de las esferas. De ahí el redimensionamiento actual del papel del Estado, que supone evaluar oportunidad, proporcionalidad e idoneidad de su intervención en la economía y la existencia de un marco legal que tutele esta necesidad. De esta manera desempeñará el papel relevante que le corresponde en la definición de las estrategias de desarrollo, de modo que sean las políticas públicas el principal protagonista en la construcción del futuro de la nación.

Por otra parte, al Derecho le corresponde un papel activo y transformador en la legitimación de estos cambios. Lo que el Derecho no es capaz de definir, regular o normar, de seguro lo impondrá la Economía, lo cual a nuestro juicio es un error. De ello se deriva que no podemos concebir al Derecho solo como norma que refleja un determinado cambio, se requiere interacción y complemento, el Derecho es expresión jurídica de las políticas, las cuales se traducen en marcos regulatorios, es por ello sin dudas fuente de transformaciones. Lo anterior impone la necesidad de un ordenamiento jurídico coherente y armónico que permita su interpretación y aplicación eficiente. En esta dirección son varias las interrogantes jurídicas a las que es un imperativo ofrecerles respuestas con mesura, sabiduría y cabal comprensión del derrotero a seguir.

En esta dirección las áreas prioritarias de atención en la economía cubana actual que requieren un reconocimiento normativo desde el Derecho Económico son las siguientes:

***Reconocimiento del papel fundamental de la propiedad estatal socialista. Existencia de otras formas de propiedad***

Se reconoce la propiedad estatal socialista sobre los medios fundamentales de producción como la forma fundamental de propiedad. Unido a ello se amplían otros sectores como el cooperativo, mixto y privado. Para la consecución de ello se requiere una conceptualización de las diferentes formas de propiedad y su plasmación legal que incluye la regulación constitucional acertada de las mismas. Asimismo, se precisa determinar qué se entiende por medios fundamentales de producción que son los que constituyen el centro de la propiedad estatal socialista, para a partir de ahí determinar los bienes que pueden ser objeto de otras formas de propiedad.

Importante resaltar además que los bienes de propiedad estatal podrán ser gestionados por formas de gestión no estatal, siempre

que ello contribuya a una mayor eficiencia general de la economía nacional, todo lo cual amerita también un reconocimiento legal.

***Planificación como vía fundamental para la dirección de la economía nacional. Reconocimiento del mercado***

La planificación como elemento ordenador por excelencia no es privativa de la economía socialista, sin embargo, en este sistema constituye eslabón principal. La planificación en Cuba deberá abarcar el sistema empresarial estatal, la actividad presupuestada, las asociaciones económicas internacionales y regulará otras formas de gestión no estatales, por lo que trasciende su influencia al sector no estatal. Ello es incuestionable si es la vía fundamental para la dirección de la economía nacional y se reconocen en el funcionamiento de ella diversos agentes económicos estatales y no estatales. Se requiere en esta dimensión la ordenación del sistema de forma íntegra. ¿Cómo garantizar este objetivo si aún es insuficiente la planificación en el sector estatal? Ello constituye reto insoslayable. Por otra parte, el régimen jurídico actual no da respuesta a ello, solo existen normas dispersas que por supuesto no garantizan el papel protagónico de este instrumento para garantizar la efectividad de nuestro modelo de desarrollo económico social. En varios países capitalistas existe una regulación normativa de la planificación; paradójicamente en Cuba no existe ley sobre esta materia. Imperativo ineludible trabajar en esta dirección.

Unido a ello no se puede desconocer en los momentos actuales en nuestro país la existencia del mercado. El numeral 1 de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, correspondiente al Modelo de gestión económica, destaca que la planificación tendrá en cuenta el mercado, influyendo sobre el mismo y considerando sus características. El mercado en varios sectores ha demostrado su eficiencia en la utilización técnico económica y productiva de los recursos, lo cual no puede desconocerse, sin embargo, carece de visión social. Es el Estado con sus políticas quien garantiza la mejor distribución de los recursos y productos, pues tiene la capacidad de corregir las desigualdades, deformaciones estructurales, inequidades y desequilibrios. Nos corresponde entonces garantizar el funcionamiento del mecanismo del mercado bajo la regulación estatal.

*Reorganización estructural y funcional de los organismos de dirección económica*

Se lleva a cabo en las condicionales actuales una reforma administrativa en el orden institucional y funcional de los Organismos de la Administración Central del Estado a nivel central y de los Consejos de Administración a nivel provincial y municipal. La misión de esta restructuración es la lograr la coherencia, racionalidad y funcionabilidad de los organismos de dirección en relación con el sistema empresarial. En esta línea se precisa definir la forma y contenido de las relaciones de los órganos superiores en relación con los entes de gestión empresarial, a los efectos de descargar el aparato estatal. No solo es delimitar las funciones empresariales de las estatales, sino que se abandona el término de subordinación de las empresas a los organismos y se transita a otras formas de relacionarse que supongan garantizar que sean los organismos los encargados de definir políticas y estrategias en un determinado sector y controlar el cumplimiento de las mismas y las empresas adquieran la real autonomía que les permita convertirse en verdaderos sujetos encargados de garantizar la realización de la riqueza social. Hasta el momento, en el vínculo organismos/empresas, han primado las relaciones de regulación y control sobre las relaciones de coordinación y cooperación, la política transita por privilegiar estas últimas, sin abandonar las funciones de orientación y control. El tránsito de este proceso no está desprovisto de complejidades y no solo depende de regulaciones que precisen la forma y el contenido de tales relaciones, sino que la inteligencia y voluntad real de cambio será lo que le imprimirá su real y objetiva implementación.

*Aplicación efectiva del principio de complementariedad en la realización de la actividad económica*

Si bien es característica de los sistemas económicos capitalistas la aplicación del principio de subsidiariedad en los cuales el Estado como empresario existe solo en defecto de la economía privada, o dicho en otras palabras, donde la economía privada no alcanza, o no es eficiente, el Estado suple y apoya; en nuestro modelo en construcción, la brújula indica que nos orientamos a la aplicación de los principios de complementariedad, diversidad y armonía. Así lo reconoce el Lineamiento número 2 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, cuando establece:



El modelo de gestión reconoce y promueve, además de la empresa estatal socialista, que es la forma principal en la economía nacional, las modalidades de inversión extranjera previstas en la ley, las cooperativas, los agricultores pequeños, los usufructuarios, los arrendatarios, los trabajadores por cuenta propia y otras formas, todas las que, en conjunto, deben contribuir a elevar la eficiencia.

El Estado juega un papel de facilitador, no debe desplazar la economía privada, debe propiciarla, regularla y coadyuvar a que conjuntamente con el sector público, que es preminente, estas otras formas contribuyan a la eficiencia y eficacia de nuestro modelo de desarrollo.

Ante este principio afloran interrogantes que también alcanzan al plano jurídico, entre ellas destacar:

. ¿En qué sectores de la economía aparecerán estas formas no estatales?

. ¿Cómo insertarlas en el sistema de planificación, cuestión ya mencionada?

. ¿Cuáles son los límites de actuación definidos por el Estado para estas formas organizativas?

. ¿Cuál es el real *status* jurídico de la economía informal que emerge?

. ¿Cuál es la forma organizativa a utilizar para regular el sector estatal de la economía: las sociedades mercantiles, la empresa estatal en perfeccionamiento?

En la actualidad se inician experimentos en la esfera estatal y cooperativa, este último ya refrendado legalmente, a partir de la promulgación de los Decretos leyes 305 y 306 del año 2012. Sin embargo, ello no es conclusivo. Tarea para juristas y economistas su evaluación integral para aproximarnos a formas que garanticen la eficiencia real de estas organizaciones, su reconocimiento normativo y el aporte sustantivo de las mismas a la tarea de aumentar la riqueza social del país.

### **La empresa estatal: centro de atención prioritario**

No obstante, el reconocimiento, promoción y estímulo por parte del Estado cubano a otras formas de propiedad, diferentes a la estatal, es la empresa estatal el eslabón central de nuestra economía y la cual requiere la máxima atención en el actual proceso de actualización de nuestro modelo económico. Misión esta estratégica que requiere la definición de una estructura organizativa y de dirección coherente de este sujeto, que estimule la eficiencia en su gestión. Unido a ello hay que garantizar que

ejerza sus funciones con la autonomía real que permita desplegar la iniciativa creadora de sus trabajadores quienes deben sentirse partícipes, conscientes y estimulados a cumplir su verdadero rol.

Ante todo, se requiere la flexibilización a la hora de definir y aprobar el objeto social de las mismas para que puedan desplegar todas sus potencialidades, tarea en proceso de implementación a partir de la promulgación de la Resolución 134/2013 del Ministerio de Economía y Planificación. Unido a ello se transita por concederle a las empresas nuevas facultades para aprobar sus plantillas de cargos, salarios, precios, crear fondos para el desarrollo, las inversiones y la estimulación de los trabajadores, diseñar sus propios sistemas de gestión de la calidad, vincular el ingreso de los trabajadores a los resultados que se obtengan, decidir y administrar su capital de trabajo e inversiones, entre otras facultades. Sin embargo, el ejercicio real de esta autonomía que está declarada en todas las normas legales, es restringido por otras disposiciones administrativas también respaldadas legalmente; por tanto, dicha autonomía no debe ser solo declarativa de una voluntad, sino el resultado real de un marco legal que la reconoce. Solo esto conllevará a la materialización del proceso de descentralización de la economía cubana, lo contrario sin temor a equivocarnos, genera la cultura de la complacencia y desestimula e inmoviliza a los verdaderos actores productivos.

Tema controvertido es la declaración de la personalidad jurídica de la empresa como sujeto independiente del Estado con patrimonio diferenciado y responsabilidad absoluta, el cual constituye espacio actual de controversia y debate.

Se precisa la promulgación de la nueva ley de empresa que defina la estructura organizativa y de dirección de estas entidades, el alcance de su personalidad jurídica, el ejercicio de su autonomía real, las facultades en relación con su patrimonio y la responsabilidad en que incurre por su actuación jurídica, eliminando la dispersión normativa existente y las incoherencias en el ordenamiento legal.

### **Proceso de descentralización de la economía**

A partir de la implementación de los lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución y las nuevas normas que respaldan las políticas aprobadas para darle cumplimiento a dichos lineamientos, nos percatamos con claridad que la tendencia es a que las decisiones corrientes sean adoptadas por los agentes económicos que gestionan la economía y que por

ende transitamos a un proceso de descentralización en el terreno económico. Ejemplo manifiesto de esta tendencia lo vemos reflejado en las nuevas normativas relacionadas con el objeto social de las empresas y de pago a los trabajadores, las regulaciones en materia de contratación económica, proceso inversionista nacional, normas en materia de precios y concesión de créditos, las indicaciones y metodologías en materia de planificación que anualmente se aprueban y en los proyectos de nuevas normativas que definirán las relaciones entre los Organismos de la Administración Central del Estado y Consejo de Ministros con las organizaciones superiores de dirección empresarial (OSDE) y de estas con las empresas y unidades empresariales de base, así como las que definirán la ampliación de las disposiciones jurídicas sobre el perfeccionamiento empresarial a todo el sector público de la economía, organizado de forma jurídica tanto a través de las empresas estatales, como de las sociedades mercantiles de capital público.

### **Modalidades de la actuación administrativa del Estado en la vida económica**

Como conocemos, las principales modalidades de esta actuación se manifiestan a través de las formas de policía, fomento, prestación o servicio público, gestión económica o de producción de bienes y servicios y la actividad de planificación y programación, entre otras.

En cada modelo económico son diferentes las formas de actuación del Estado en la economía.

¿Cómo se manifiestan estas formas en el proceso de actualización del modelo económico cubano actual? Solo mencionar algunas muy elementales. El reto es hurgar en las normativas actuales vigentes y en proceso de promulgación para conocer la real manifestación de estas formas tanto a nivel global como en los diferentes sectores de la economía.

. *Fomento de actividades de agentes no estatales de la economía.* Es el caso de los trabajadores por cuenta propia, las cooperativas y las empresas mixtas, promoción de la competencia a partir de la introducción y reconocimiento de agentes no estatales en competencia con los públicos, financiación pública para el fomento de actividades no rentables, pero imprescindibles para la comunidad, financiación de la investigación científica en sectores priorizados.

. *Transformaciones en el concepto de Estado prestador y productor.* En esta dimensión varias son las interrogantes: ¿En qué sectores claves el Estado debe ser titular de los medios de producción? Cómo se ejerce la titularidad estatal de los servicios públicos, sus límites y alcance, trascendencia real del proceso de descentralización, qué significa el modelo de gestión pública de los servicios sociales.

. *Estado planificador.* Como ya analizamos es prioritario el papel del Estado. El reto es hacer objetiva, real y participativa la planificación. Se requiere en tal sentido perfeccionar las indicaciones metodológicas anuales, proyectar la planificación con mayor objetividad a largo plazo, a partir de las estrategias de desarrollo del país, vincular de forma coherente la planificación con el sistema presupuestario, organizar la planificación en los diferentes niveles, incluido el territorial y lograr su regulación legal.

. *Estado regulador.* La reducción del papel del Estado productor y prestador ha de compensarse con un nuevo sentido y mayor eficacia de la función reguladora del Estado en la actividad económica. Ello exige una reforma en el marco institucional de la administración económica de forma que garantice su profesionalidad, independencia de decisores y empresarios y su control democrático.

### **Se revitaliza la contratación económica**

Se consolida la utilización de la contratación económica como forma de refrendar jurídicamente las relaciones económicas entre las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras que operan en la economía nacional.

De forma progresiva el contrato se convierte en la forma por excelencia para regular y ordenar las relaciones en la esfera de la producción, prestación de servicios y tráfico mercantil y se exige de forma creciente en el país por la calidad del proceso de negociación, elaboración, firma, ejecución, reclamación y control del cumplimiento de los contratos, como instrumento esencial para la gestión económica.

Fueron promulgadas en el 2012 las nuevas normativas en esta materia, el Decreto Ley 304: De la Contratación económica y el Decreto 310: De los Tipos Contractuales, normas dirigidas en lo fundamental a reconocer y dotar de una mayor autonomía contractual a los sujetos de la contratación y a elevar la responsabilidad de estos en el cumplimiento de sus obligaciones,

así como a eliminar la dispersión legislativa existente hasta estos momentos en esta esfera.

Se reconocen expresamente en estas nuevas normativas principios claves que rigen el proceso de contratación, entre los que vale destacar la autonomía de la voluntad, la buena fe, la igualdad de las partes y el interés general. A partir de la aplicación de estas disposiciones, los agentes económicos tendrán un papel protagónico en el diseño del contrato, su contenido, forma, garantías y régimen penalizador. A su vez la aplicación congruente del principio del interés general supondrá que las partes en la concertación y ejecución de los contratos económicos habrán de cumplir las regulaciones administrativas y no contravenir el interés público, la economía nacional, el medio ambiente y el orden social.

### **Promoción a la inversión extranjera**

La Inversión Extranjera (IE) juega un importante papel en la actualización integral del modelo socialista cubano de desarrollo económico y social, la cual tendrá carácter instrumental respecto de las necesidades y urgencias del desarrollo sostenible. Dicha inversión debe dejar de ser percibida como una necesidad coyuntural y pasar a ser considerada instrumento que sirve a un propósito al corto y largo plazo. En el corto plazo, la IE servirá a la capitalización de la economía nacional, permitiendo un mejor acceso al crédito externo, la explotación de capacidades industriales ya instaladas y la generación de otras nuevas, así como el incremento de la actividad económica en general y los ingresos tributarios que de ella se derivan.

En el largo plazo promoverá la transferencia de tecnologías y el desarrollo intensivo de procesos de innovación tecnológica, en correspondencia con los actuales retos y desafíos de la economía del conocimiento. Esto permitirá superar la situación de atraso tecnológico y la adquisición de conocimientos, destrezas y competencias en el campo de la alta tecnología.

Para ello, será imprescindible la distinción entre la propiedad y la gestión, de modo que pueda operar la transferencia de capacidades instaladas de titularidad estatal, a nuevas formas de gestión mixta con participación del capital extranjero. La evaluación y selección de las propuestas de IE tendrá en cuenta la función social de la actividad económica a desarrollarse en el territorio nacional sin dejar de considerar los intereses y las expectativas del inversionista extranjero.

La aprobación de las políticas generales y sectoriales en materia de inversión extranjera, así como la nueva ley 118/2014 y todo el paquete normativo que la complementa contribuirá a tales fines.

En este sentido han sido regulados los criterios y procedimientos para la aprobación de propuestas de inversión extranjera, utilizando procedimientos de oferta pública y convocatoria, sin detrimento a la necesaria celeridad que se requiera. Igualmente se ha dispuesto en las nuevas normativas un régimen jurídico que dispone claramente los derechos y garantías del inversionista, la libre repatriación de utilidades, así como el posible uso de acuerdos de estabilidad jurídica a través de los cuales se les garantice la no modificación sustancial de tal régimen.

### **La ciencia, la tecnología y la innovación al servicio de la economía**

Para garantizar este postulado se deben establecer políticas para que la ciencia pueda ser apropiada socialmente y se garantice la aplicación e introducción de los logros científicos en la economía.

En este proceso de transformaciones es requerimiento de primer plano la creación de productos de alta tecnología, donde el conocimiento tiene un papel determinante: software, computación, industria farmacéutica, microelectrónica, telecomunicaciones, biotecnología, entre otras. Hacia esas esferas debe apuntar la investigación.

El conocimiento debe ser un recurso de la economía, por lo tanto, debe ser realizado en transacciones económicas para generar nuevos recursos, o sea para la reproducción ampliada en beneficio de toda la sociedad. Dicho en otros términos se trata de transformar el conocimiento en recurso económico y lograr su realización comercial concreta.

Al incorporarse el conocimiento al producto, el valor de dicho conocimiento se incluye en la estructura de los costos y de los precios. A partir de ello se obtienen valores significativos en la comercialización de los productos con valores agregados a partir del conocimiento.

Se requiere promover y desarrollar con calidad negociaciones sobre el conocimiento mismo, aun no incorporado a productos, como son las negociaciones de transferencia tecnológica en sus diferentes modalidades. Para ello es un imperativo definir un marco de directivas negociadoras que orienten todo este proceso, así como establecer disposiciones normativas que lo regulen y ordenen.

Se deberá diseñar el aparato productivo del conocimiento, a partir de la creación de organizaciones productivas de base que integren la investigación, producción y comercialización de los productos y del conocimiento, con fuerza de trabajo de alta calificación. Dichas organizaciones deberán ser capaces de generar productos innovadores que sustituyan importaciones, que suplan las demandas de la economía interna y sean competitivos a nivel internacional. Deberán asimismo autofinanciarse para lograr la generación de nuevos conocimientos. Se requiere garantizar alianzas estratégicas efectivas entre nuestras universidades y el sector empresarial cubano.

En este contexto resulta insoslayable aplicar los principios e instituciones de la propiedad intelectual al servicio de nuestros intereses de desarrollo científico, tecnológico y económico. Se deberá garantizar la debida protección legal de las innovaciones tecnológicas, vinculado a una efectiva estrategia de comercialización de nuestros productos innovadores y de vigilancia tecnológica para evitar infracciones de los derechos intelectuales.

De primer plano resulta promover asimismo el estímulo moral y material a los colectivos e investigadores, a partir de los beneficios económicos obtenidos por la explotación económica de los bienes intangibles.

En diciembre de 2014 fue aprobada la política de propiedad industrial y se trabaja en las políticas relacionadas con el sistema de ciencia e innovación tecnológica. Se promulgó el Decreto ley 323/2014 «De las entidades de ciencia, tecnología e innovación» y otras resoluciones complementarias del CITMA, a partir de la política aprobada sobre el redimensionamiento y organización de los centros de investigación científica. A su vez se analizan nuevas disposiciones normativas relacionadas con el sistema interno de propiedad industrial, la protección de la información no divulgada, los contratos en materia de propiedad industrial y el control de las cláusulas restrictivas, entre otras disposiciones jurídicas.

### **Reconocimiento de la competencia**

La existencia del mercado como ya hemos apuntado, la aparición de espacios concurrenciales y la existencia de una pluralidad de oferentes y consumidores, a partir de la diversificación de los operadores económicos, nos conduce a evaluar el nacimiento de competencia en los momentos actuales. Unido a ello no podemos

desconocer que en la economía cubana existen prácticas monopólicas por parte de un grupo de empresas que urgen de la necesidad de un control estatal. Asimismo, se producen actos en el desarrollo de las relaciones económicas por parte de los diferentes actores que participan en la esfera de la producción, los servicios y el tráfico económico que son contrarios a la buena fe, la ética concurrencial y las relaciones de colaboración transparentes que deben primar entre todos los agentes que operan en la economía cubana. Estos actos conspiran contra el buen desenvolvimiento del mercado, el actuar de los empresarios y lesionan también los derechos de los consumidores.

Lo anterior conduce a la necesidad de definir una política de competencia, lo cual no significa defender la competencia en cualquier espacio o situación, la política puede incluso restringirla en determinados supuestos para alcanzar objetivos sociales. Se requiere entonces evaluar las conductas que distorsionan el funcionamiento adecuado de los espacios de mercado y determinar la conveniencia de reprimirlas, a partir de instrumentos jurídicos idóneos y coherentes con los intereses de nuestra política económica.

### **Consideraciones sobre el Derecho Económico como disciplina científica en la actualidad cubana**

Inicialmente definir, que somos partidarios de una concepción amplia del Derecho Económico. No solo consideramos que este abarca las formas y métodos propios del dirigismo económico, sino que incluye además los principios y normas relacionadas con la autorización, creación, organización y control de las formas organizativas de los sectores productivos y de servicios en la esfera estatal de la economía y define los límites de actuación de los agentes no estatales, así como las relaciones entre todas las organizaciones productivas y de servicios, estatales o no, la promoción y el fomento a determinados sectores económicos. Por ello se relaciona de forma indisoluble con otras ramas del ordenamiento jurídico no solo de carácter público sino también de derecho privado, de forma tal que las fronteras entre dichas ramas son difíciles de dilucidar.

A su vez, para acercarnos a una concepción clara sobre su significado debemos tener claro su relación estrecha no solo con otras ramas del ordenamiento jurídico, sino con otras áreas del saber como la sociología, la economía y la teoría política.



Ahora bien, no podemos analizar el Derecho Económico, Derecho de la Economía o para la ordenación económica, que son las formas de conceptualizarlo mayormente utilizadas, como se analizan las ramas tradicionales del ordenamiento jurídico que gozan de una coherencia interna en su objeto de regulación. Como hemos analizado de forma precedente, este no es el caso del Derecho Económico.

El Derecho Económico regula relaciones sociales en el orden de la economía marcadas por su complejidad, diversidad y heterogeneidad en función de un modelo concreto. Es cierto que a partir de una primera lectura podríamos concluir que bien podrían ser tuteladas dichas relaciones de forma especial por el Derecho Constitucional, Derecho Civil, Mercantil, Administrativo o Financiero, por solo señalar algunos. Sin embargo un análisis marxista de los procesos no nos puede hacer desconocer el papel de la base económica y de las relaciones sociales de producción como determinantes, por ello consideramos que requieren, sobre todo en el orden metodológico, instrumental y con un enfoque teleológico mas que científico, ser tuteladas dichas relaciones, de forma sistematizada por una rama especial del ordenamiento jurídico que confiera coherencia, seguridad, garantía y protección a los intereses de política económica de un determinado país, en función, en última instancia de las necesidades sociales.

La Cuba de hoy está marcada por un proceso de cambios trascendentales en el orden institucional, económico, político, social y normativo. Enaltecer el papel y el lugar del Derecho Económico bien podría contribuir a que el ordenamiento jurídico, empezando por el texto constitucional, ordenara y tutelara con sistematicidad y coherencia, teniendo en cuenta la conjugación de los intereses sociales y particulares, las relaciones económicas, en pos de lograr la eficiencia requerida y el bienestar social y económico de los ciudadanos.

Lo otro sería a nuestro juicio, adentrarnos en discusiones y debates estériles sobre la definición de un objeto y métodos propios de regulación que determinaran la autonomía del Derecho Económico, lo cual no nos conduciría al logro de los objetivos pretendidos. Por ello no debe primar el absolutismo en los análisis y aseveraciones que como ya hemos expuesto, tienen un valor más didáctico y metodológico y responden a necesidades acuciantes de momentos económicos concretos, como es el caso cubano actual.

Lo anterior no es óbice para acercarnos, sin ser absolutos ni concluyentes, a definir las áreas que debe abarcar el contenido del Derecho Económico como disciplina académica.

1. La Constitución Económica.
2. La planificación económica.
3. Regulación y control de la iniciativa económica y la libertad de empresa.
4. Regulación del comercio exterior.
5. Regulación de la inversión extranjera.
6. Régimen de relaciones de los organismos de dirección económica con los agentes estatales y no estatales de la economía nacional.
7. Regulación y control de la transferencia de tecnología.
8. Regulación del mercado y de la competencia.
9. Regulación jurídica de los precios.
10. Régimen jurídico de la Banca.
11. Normalización y control de la calidad.
12. Límites de la actuación de los agentes estatales y no estatales de la economía y de las relaciones jurídicas de los mismos. Organización, control y fiscalización de dichos agentes económicos.
13. Sistema de contratación pública.
14. Principios y regulación del Derecho Concursal, en especial del sector estatal de la economía.
15. Normas por las cuales el Estado fija su posición, en función de las políticas generales y sectoriales, ante una esfera concreta de la actividad económica: minería, agricultura, industria, transporte. Fomento y control de dichos sectores.
16. La empresa pública. Organización y funcionamiento.
17. La responsabilidad social de los agentes estatales y no estatales de la economía.
18. La apropiación social del conocimiento. Políticas de fomento y protección a la innovación científica y tecnológica.
19. Derecho Penal Económico.
20. Derecho Económico Internacional.

### **Algunas reflexiones finales**

En el mundo moderno es evidente el cambio de la relación Estado-Derecho-Sociedad. Se opera un claro intervencionismo estatal en el orden económico y jurídico, toda vez que se requiere una participación real y más efectiva el Estado en el proceso de ordenación de la economía. Esta función económica estatal se

manifiesta por una parte a partir de la función reguladora, o sea el Estado Regulador y por otra a partir de su actividad económica directa, lo que conocemos como Estado Empresario.

El instrumento viable en el plano jurídico para el cumplimiento de este rol del Estado, es el Derecho Económico, el cual a nuestro criterio no solo debe concebirse como el derecho de la intervención, sino mas bien como un derecho de la ordenación económica a través de diversas formas y maneras que trascienden a la función del Estado como gestor de la actividad económica.

La expresión de esa actuación del Estado más intervencionista, autoritaria o liberalizadora depende del modelo de funcionamiento económico adoptado que refrenda o tutela los principios de la política económica del Estado en determinado país.

La heterogeneidad de las relaciones reguladas por el Derecho Económico fundamenta su naturaleza compleja y coyuntural y ciertamente hace difícil su sistematización, por ello la existencia de diferentes concepciones sobre el objeto y el contenido de esta disciplina y el hecho de que algunos tratadistas incluso niegan la existencia de la misma.

Según nuestra concepción ya argumentada, el objeto del Derecho Económico abarca el estudio del marco institucional y normativo en que se desarrolla la actividad económica y tiene como sujeto básico el Estado y complementariamente a los otros agentes económicos no estatales, teniendo como meta el desarrollo económico y social sostenible de la nación y por supuesto el bienestar de todos los ciudadanos. Ello cobra especial virtualidad y reconocimiento en el panorama cubano actual, a partir de la importancia que adquiere el Derecho para encauzar el proceso de reorganización y reestructuración de las relaciones sociales, en especial en la esfera económica en la cual es necesario lograr la conjugación de los intereses de los diferentes sujetos que producen y se apropian en el actual régimen socioeconómico, preservando los intereses generales y las bases de nuestro socialismo.

Entonces, es un imperativo del Estado preservar y garantizar de manera inobjetable la igualdad, libertad y justicia de los intervinientes en la economía, en correspondencia con los objetivos sociales, en pos de alcanzar la realización plena del hombre, que es la justa medida del desarrollo.

En esta dirección finalizar resaltando el carácter humanista del Derecho Económico:

El verdadero desarrollo tiene que centrarse en la gente, estar encaminado a la realización del potencial humano y a la mejora del bienestar social y económico de las personas, y tener por finalidad el logro de lo que ellas mismas consideran que son sus intereses sociales y económicos.<sup>24</sup>

<sup>24</sup>JUAN PABLO II: Encíclica «Centesimus Annus», Centenario de la *Rerum Novarum*.

## **El deber de contribuir como fundamento del Sistema Tributario: Un reto para el constitucionalismo cubano**

Liana SIMÓN OTERO\*

### **Introducción**

Las nuevas medidas económicas tomadas en Cuba, a partir de la crisis presupuestaria que enfrenta nuestro país, ha hecho que el tema tributario vuelva a reanimarse, pues aunque la promulgación en el año 1994 de la Ley no. 73 del Sistema Tributario, significó el renacer del tributo en la vida económica, con la aprobación de una nueva Ley tributaria, la Ley no. 113/12, se espera que sistema tributario ocupe el lugar que le corresponde no solo por su fin recaudatorio, sino como importante instrumento de política económica.

Un tema principal dentro de las discusiones teóricas que la nueva realidad tributaria ha impuesto, es el relativo al deber de contribuir y la necesidad o no de su reconocimiento constitucional, elemento este que resulta esencial en la configuración de nuestro joven Sistema Tributario. De ahí que pretendamos argumentar la necesidad de incluir este deber en nuestro texto constitucional.

### **Los deberes jurídicos: los deberes fundamentales**

A pesar del protagonismo jurídico que han tenido los deberes en el constitucionalismo contemporáneo, estos no han recibido tanta atención por parte de los estudiosos del Derecho.<sup>1</sup> La doctrina parece más interesada en el estudio de deberes concretos, como el que en estos momentos nos ocupa, el deber de contribuir, que en estudios generales sobre la teoría de los deberes jurídicos; a pesar

\*Máster en Derecho Constitucional y Administrativo.

<sup>1</sup> Varios son los autores que sostienen este criterio, teniendo en cuenta, sobre todo, las pocas publicaciones que existen sobre el tema, más aún si las comparamos con la atención que han recibido otros temas como los derechos humanos o la justicia constitucional. Ver Carmelo CARBONE: *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1968, *passim*, y Francisco RUBIO LLORENTE: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, no. 62, Madrid, mayo-agosto 2001, *passim*.

de que, sin una base teórica que los sostenga, resultaría imposible comprender cada deber en particular.

Los deberes jurídicos, según el criterio de RODRÍGUEZ BEREIJO, podemos entenderlos como «aquellas situaciones pasivas o de sujeción que se imponen a un sujeto para tutelar intereses que no son particulares suyos sino en beneficio del interés general de la comunidad».<sup>2</sup> La conceptualización de la institución jurídica deber, no resulta tan sencilla, pues muchas veces la doctrina utiliza el término equiparándolo al de obligación jurídica.

Como bien afirma PAUNER CHULVI, «para resolver esta cuestión, se han empleado criterios muy diversos tales como la correlatividad con derechos, la pertenencia al mundo ético o al mundo jurídico, la existencia o inexistencia de sanción o los intereses protegidos por cada categoría».<sup>3</sup>

Autores como RAWLS<sup>4</sup> sostienen que solo corresponde al ámbito jurídico la categoría obligación, mientras que el término deber lo concibe como un valor. SANTI ROMANO, por su parte, amplía este criterio:

[...] el deber nunca tiene como correlato un derecho puesto que no se integra como elemento de una relación jurídica. Al contrario de la obligación que, al nacer en el seno de una relación jurídica concreta, tiene como correlato el derecho de otra persona [...] la garantía de cumplimiento de la obligación reside en el derecho que sostiene la otra parte de la relación jurídica mientras que la garantía de la observancia del deber es una potestad que constriñe su cumplimiento.<sup>5</sup>

Para autores como GIANNINI:

[...] la obligación es un comportamiento específico necesario para realizar el interés de otro, el deber es un comportamiento inespecífico para realizar el interés de otros. Cuando la titularidad del interés afectado corresponde a otras personas, la norma que impone el deber es una regla ética sancionada jurídicamente. En cambio, cuando la titularidad del interés

<sup>2</sup> Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO: «El Deber de Contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico», en *Revista Española de Derecho Financiero*, Editorial Civitas S.A., Madrid, no. 125, enero-marzo de 2005, p. 21.

<sup>3</sup> Cristina PAUNER CHULVI: *El deber constitucional de contribuir a los gastos públicos*, Tesis Doctoral publicada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, Universitat Jaume I, Valencia, 2000, p. 20.

<sup>4</sup>Ver John RAWLS: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 135 y 384.

<sup>5</sup>Santi ROMANO: *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1947, pp. 96 y 106.

radica en un órgano público el deber puede tener bien el carácter que tiene en el Derecho privado frente a los derechos absolutos o bien puede constituir una situación preliminar frente a un derecho del poder público, que se transforma en obligación cuando el derecho se ejerce. En el primer caso, se trata del deber general de abstenerse de perturbar la realización del interés de otro; así, el deber general de abstención correlativo al derecho absoluto de los Entes públicos sobre los bienes públicos. En el segundo caso, estamos, por ejemplo, ante el deber de concurrir a los gastos públicos correlativo a la potestad tributaria; en presencia del presupuesto tributario o hecho imponible, el deber cede y surge la obligación o nace el derecho a exigir el pago del tributo.<sup>6</sup>

Es por esto que algunos estudiosos afirman que el término *deber* solo puede ser utilizado en el ámbito constitucional, y reservan la categoría *obligación* para el resto del ordenamiento jurídico.<sup>7</sup>

También podemos encontrar posiciones en la doctrina, que sostienen que es totalmente irrelevante distinguir entre deber y obligación, pues son términos intercambiables,<sup>8</sup> mientras que otros consideran que la categoría deber es genérica e incluye tanto a las obligaciones como a los deberes en sentido estricto.<sup>9</sup>

Los criterios para formular tal distinción han sido muchos y van desde la naturaleza pública o privada del titular de la situación de poder, hasta la singularidad o generalidad de la situación, pues como bien afirma RUBIO LLORENTE:

El intento de encontrar un criterio de valor absoluto solo sirve para generar confusión. Como, en abstracto, tan legítimo es un criterio como otro, la validez de cualquier clasificación depende exclusivamente de su adecuación lógica a la definición estipulada que le sirve de base y de su utilidad para el análisis de la realidad jurídica y la interpretación y aplicación de las normas.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Massimo Severo GIANNINI: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1950, pp. 270- 272.

<sup>7</sup> Luca ANTONINI: *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1996, p. 195.

<sup>8</sup> Ramón SORIANO: *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 213.

<sup>9</sup> Rafael DE ASÍS ROIG: *Deberes y obligaciones en la Constitución*, CEC, Madrid, 1991, p. 158.

<sup>10</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Los deberes constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, no. 62, Madrid, mayo-agosto 2001, p. 17.

Trascendente resulta la distinción de los deberes fundamentales como categoría concreta y diferente del resto de los deberes y obligaciones jurídicas. Según PECES BARBA, podemos considerar:

[...] los deberes fundamentales como aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional.<sup>11</sup>

Para este autor los deberes fundamentales son aquellos que resultan de gran importancia porque están destinados a satisfacer necesidades sociales o porque resultan trascendentes para el mantenimiento del Estado o incluso porque permiten garantizar determinados derechos correlativos, los cuales pueden estar o no en la Constitución y reportan beneficio no a una sola persona, sino a toda la colectividad.

Desde este punto de vista puede ser deber fundamental tanto el deber de defender a la patria, que generalmente aparece regulado en los textos constitucionales, como el deber que tienen los padres para con la educación de sus hijos, o el deber de los cónyuges de convivir juntos, los cuales es más común encontrarlos en códigos civiles o de familia, pues el primero se refiere a una esfera de vital importancia para el Estado y los segundos a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad. Por lo que en la práctica esta definición no nos aporta mucha claridad sobre cuál es la cualidad que convierte a un deber en fundamental, y qué diferencia ventajosa y concreta encierra esta distinción.

RUBIO LLORENTE considera que el criterio que debe distinguir a los deberes constitucionales, y por tanto estos serían los fundamentales, es el interés o bien jurídico que con la imposición del deber se pretende servir y su relación con los derechos que consagra la Constitución. Para este autor: «Deberes constitucionales en sentido estricto serán así solo aquellos que la Constitución impone como deberes frente al Estado, como elementos del *status* general de sujeción al poder»;<sup>12</sup> y no aquellos que existen como simple correlato de derechos fundamentales.

<sup>11</sup> Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ: «Los deberes fundamentales», *Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 4, Madrid, 1987, p. 336.

<sup>12</sup> Francisco RUBIO LLORENTE: «Los deberes constitucionales...», *ob. cit.*, p. 18.



Siguiendo el análisis de RUBIO LLORENTE, todas las obligaciones que nos impone el Derecho positivo deben derivar de la Constitución a través de un conjunto de normas mediadoras entre las que debe encontrarse siempre una ley en sentido estricto; pero esta Ley, para no ser inconstitucional, solo puede limitar nuestros derechos siempre que la finalidad que persiga esté amparada constitucionalmente, pues si la relación entre el deber impuesto y el amparo constitucional de su finalidad no existe o es muy remoto, la validez constitucional de la norma se encuentra seriamente cuestionada.

### **El deber de contribuir como deber constitucional**

Este es el caso de la regulación legal del deber de contribuir, la cual intenta justificarse en la improductividad del aparato estatal y la necesidad de obtener ingresos para garantizar los derechos fundamentales y otros fines amparados constitucionalmente, sin embargo esta conexión es tan compleja y discutible, que el Constitucionalismo, sobre todo europeo, ha garantizado la legitimidad de sus sistemas tributarios, otorgándole autonomía a este deber en el marco constitucional; pues «el enunciado constitucional de deberes sirve para evitar esta puesta en cuestión [...] en cuanto que habilita directamente al legislador para imponerlos coactivamente».<sup>13</sup>

Existe un consenso casi absoluto en la doctrina, sobre la necesidad de los Estados de cobrar tributos como una de sus fuentes de ingreso más importantes. Por lo cual, el cobro de impuestos y otras contribuciones se considera uno de sus rasgos esenciales, imprescindible para la existencia misma del Estado.

En consecuencia, el deber de contribuir se convierte en un deber de rango constitucional, al ser fundamental, desde el punto de vista económico, político y jurídico, en la consecución de determinados fines públicos; y porque solo de esta forma se garantiza la igualdad entre los ciudadanos al momento del establecimiento de los tributos, y se convierte en elemento definitorio del status jurídico del individuo, y génesis o fundamento del Sistema Tributario.

La imposición de deberes jurídicos no puede sustentarse ya únicamente en el poder público del Estado, sino que el fundamento de su legitimación tiene que abarcar, además, el fin con que se establezcan: el bien común o la satisfacción

<sup>13</sup> FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Los deberes constitucionales...», ob. cit., p. 19.

de necesidades sociales, y el respaldo popular que le otorga su regulación constitucional, ya que habitualmente la norma suprema es aprobada por el pueblo soberano.

Al mismo tiempo, no podemos dejar de tener en cuenta que el deber de contribuir encierra también un deber para los poderes públicos; y en ese sentido solo la Constitución garantiza, dado sus procedimientos agravados de reforma, que no se prescinda de esta fuente de ingreso por simple voluntad estatal, con lo que se podría poner en peligro la calidad en la prestación de los servicios públicos.

Desde el punto de vista histórico, resulta completamente imposible desligar la Constitución del deber de tributar, pues, como casi todos conocen, el basamento ideológico de las revoluciones burguesas, y por tanto del constitucionalismo mismo, estuvo definido por las diversas nociones filosóficas y políticas que sobre el deber de contribuir se fueron conformando sobre todo en el siglo XVIII.

Aún en época medieval, exactamente dentro del pensamiento escolástico, podemos encontrar referencias sobre la necesidad de concebir la contribución como un deber. Sirva de ejemplo el caso del sacerdote jesuita FRANCISCO SUÁREZ, quien sostuvo:

[...] que las leyes tributarias por su naturaleza y por su materia, lo único en que consisten es en poner tributos [...]; ahora bien, en cuanto tales no son penales [...] la materia de tales leyes es materia de justicia conmutativa y consiste en una justa paga o ayuda que se debe prestar a los reyes para sostener las cargas de su cargo.<sup>14</sup>

La Revolución norteamericana, tuvo como una de sus causas fundamentales la resistencia al pago de impuestos aprobados por la metrópolis, sin que para ello existiera representación de las colonias, «movimiento que se afirma en el Segundo Congreso Continental de Washington que declarararía la independencia el 4 de julio de 1776. El tránsito de los Artículos de la Confederación a la Constitución de Filadelfia de 1787 fue posible por el Gran Acuerdo o Gran Compromiso, suscripto el 12 de julio de este último año, sobre la base de una propuesta efectuada por el delegado de Pennsylvania, en virtud del cual se correlacionaban al censo de la población tanto la cuantía con que debía contribuir

<sup>14</sup> FRANCISCO SUÁREZ: *Tratado de las Leyes y de Dios Legislador*, t. II, vol. 3, libro V, Instituto de Estudios Políticos, Sección de Teólogos Juristas, Madrid, 1968, p. 526.

cada Estado en los impuestos directos, como su participación en la Cámara de Representantes, con lo que se correlacionan clara y explícitamente el deber de contribuir con los derechos políticos al sufragio y a la representación parlamentaria»;<sup>15</sup> y con lo cual se le otorga rango constitucional a este deber.

Por su parte, la Revolución francesa impuso el principio de universalidad de la ley, y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, particularmente en su cláusula 13, se dispuso: «Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de la administración es indispensable una contribución común, que debe ser repartida entre los ciudadanos en razón de sus medios».<sup>16</sup> Ya desde este momento se está haciendo alusión al deber de contribuir, pero según las condiciones particulares de cada ciudadano, según su capacidad.

El revolucionario francés MAXIMILIEN ROBESPIERRE, en su discurso en la Convención el 17 de junio de 1793 afirmó: «No se les quite a los ciudadanos lo que es más necesario. En lugar de establecer en la Constitución diferencias odiosas, debe consagrarse el honroso deber de pagar las contribuciones para todos los ciudadanos»;<sup>17</sup> con lo cual estaba haciendo alusión directa a la necesidad de otorgarle rango constitucional al deber de contribuir, pero haciéndolo de manera general, sin establecer diferencias que pudieran resultar discriminatorias.

Aún cuando la Constitución francesa de 1793 no se refirió a los deberes jurídicos, pues se centró especialmente en el catálogo de derechos, y la Carta de 1795, aunque previó algunos deberes, no estableció el deber de contribuir, las constituciones posteriores sí lo fueron regulando. Tal es el caso de la Constitución de Weimar de 1919, la española de 1931, la francesa de 1958,<sup>18</sup> y muchas otras.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Gladys V. VIDAL: «Aspectos fiscales de relevancia en el camino hacia la Constitución Americana», en *El Derecho*, t. 208, año XLII, no. 11.056, ejemplar de julio de 2004, p. 1075.

<sup>16</sup> Loc cit. Chistine FAURÉ: *Las Declaraciones de los Derechos del Hombre de 1789*, 1ra. edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 12.

<sup>17</sup> Salvador ORTA: *Finanzas*, t. I, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1948, p. 651.

<sup>18</sup> Si bien no se encuentra enunciado expresamente en su texto, sí lo regula la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual se mantiene vigente mediante el Preámbulo de la Constitución de la IV República, el que a su vez se encuentra en vigor de acuerdo con el Preámbulo de la Constitución de la V República.

<sup>19</sup> V. gr. La Constitución de Italia de 1948 (artículo 53), de Colombia de 1991 (artículo 95.9), de Ecuador de 2008 (artículo 97.10), y de Guatemala de 1985 (artículo 135, inciso b).

## **El deber de contribuir en la Constitución cubana. Antecedentes del constitucionalismo actual**

Varias son las constituciones que han estado vigentes en Cuba a lo largo de su historia. Debido a su conquista y posterior colonización española, la nación cubana sufrió alrededor de cuatro siglos de dominación colonial, por lo que la primera legislación vigente en nuestro país fue completamente elaborada en España. No es hasta el inicio de las luchas por la independencia, que podemos comenzar a hablar de constituciones puramente cubanas, las que, debido al estado de beligerancia, no rigieron en toda la isla, sino que cohabitaron con el Derecho español, dándose un caso sui géneris de pluralismo jurídico.

Después de concluidas la guerra iniciada por José Martí y la primera intervención norteamericana, comenzó en Cuba un período marcado por su carácter neocolonial. En esta etapa se sucedieron varios textos constitucionales, dentro de los cuales resalta la Constitución de 1940, la cual rigió hasta el triunfo revolucionario del 1 de enero de 1959, con la excepción del período de tiempo (1952-1954) en que estuvieron vigentes los Estatutos Constitucionales del tirano Fulgencio Batista.

El nuevo gobierno revolucionario puso en vigor la conocida como Ley Fundamental de 1959, hasta que en el año 1976 se promulga la actual Constitución vigente en Cuba, la primera Constitución socialista de nuestra historia.

La Constitución española de 18 de marzo de 1812 fue la primera Constitución que conoció Cuba. La conocida como Constitución de Cádiz, estuvo rigiendo en nuestro país hasta el año 1814, a partir del cual comenzó un período de cierta inestabilidad en su vigencia, pues aunque en España fue cesada en ese año, restaurada en 1820, vuelta a cesar en 1823 y restaurada nuevamente en 1836, en Cuba no se conoció este hecho hasta ese último año, en el que tampoco se reconoció su vigor en toda la Isla.

En este primer texto constitucional ya se regulaba el deber de contribuir a los gastos públicos, en su artículo 8 se establecía: «También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado»,<sup>20</sup> con lo cual se evidencia la vocación tributarista existente en España y en consecuencia extendida a Cuba.

En el año 1837, cuando la Constitución de 1812 ya había entrado en vigor por segunda vez, mediante Real Decreto de 13 de agosto de 1836, se les impidió, a los diputados cubanos, que tomaran posesión en las Cortes Generales de España, alegándose

que esta Constitución, en lo concerniente a la representación, no era aplicable a las colonias. Los diputados cubanos protestaron ante este acto, pero como narra LEZCANO Y MAZÓN:

En definitiva, por Real Orden de 25 de abril de 1837 se dijo a los Gobernadores, Capitanes Generales de las Islas de Cuba y Puerto Rico que S. M. la Reina Gobernadora, por Real orden de 19 de dicho mes, mandó publicar y circular la disposición de las Cortes para que las provincias de América y Asia sean regidas y administradas por leyes especiales y análogas a su respectiva situación y circunstancias propias para hacer su felicidad, y que en consecuencia no tomen asientos en las Cortes actuales diputados por las expresadas provincias.<sup>21</sup>

A partir de este momento Cuba volvió a regirse por las leyes de Indias, además de reglamentos y reales órdenes que se dictaron.

El período comprendido entre los años 1869-1899 estuvo marcado, en nuestro país, por el inicio de las guerras de independencia, y por el nacimiento de las primeras constituciones genuinamente cubanas.

La Constitución de Guáimaro de 1869 fue la primera constitución promulgada por los mambises cubanos, a la cual le sucedieron la de Baraguá de 1878, la de Jimaguayú de 1895, y la de la Yaya de 1897, y aunque esta última regula algunos preceptos fiscales, ninguna reguló el deber de contribuir, lo cual no ha de extrañarnos si tenemos en cuenta que se trata de constituciones dictadas en tiempo de guerra.

El primero de mayo de 1898 fue implantada en Cuba, en plena Guerra de Independencia, mediante Real Decreto de 25 de noviembre de 1897, la denominada Constitución autonómica, la que entró en vigor paralelamente a la Constitución de la Yaya, que regía para la República en armas. Esta Constitución duró muy poco tiempo y no reguló ningún precepto fiscal de interés.

Al final de la primera intervención norteamericana en Cuba se aprobó la Constitución de 1901, que entró en vigor en 1902. En este texto se reguló por primera vez en el constitucionalismo cubano, de forma directa y clara, el deber de contribuir de los ciudadanos cubanos y extranjeros. El artículo 9.2 establecía: «Todo cubano está obligado: A contribuir para los gastos públicos, en la forma y proporción que dispongan las leyes»,<sup>22</sup> mientras

<sup>21</sup> Andrés M. LEZCANO Y MAZÓN: *Las constituciones de Cuba*, Cultura Hispánica, Madrid, 1952, p.19.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 549.

que el artículo 10.6 regulaba: «Los extranjeros residentes en el territorio de la República, se equiparan a los cubanos: en cuanto a la obligación de contribuir a los gastos públicos del Estado, la Provincia y el Municipio».<sup>23</sup>

Sobre este particular advierte UGARTE:

Son estas disposiciones en extremo latas como no podían menos de serlo en un una Constitución; y corresponde a los legisladores, al redactar las leyes secundarias que las desarrollen, expresar con la mayor claridad posible cuales son los servicios que la patria tiene derecho a demandar de sus hijos, y excogitar la forma menos gravosa en lo personal, y onerosa en lo pecuniario, de prestar esos servicios. De nada servirían los buenos propósitos de los constituyentes, si al llevar a la práctica sus disposiciones vinieran a convertirse en carga abrumadora para el pueblo. Las obligaciones y derechos entre el Estado y los ciudadanos deben ser correlativos y proporcionales, por que el espíritu de justicia inclina más que la imposición al cumplimiento del deber. Las leyes que tienen por base la equidad no necesitan presión alguna para aceptarse: la aceptación es voluntaria, y por consiguiente de efectos más valiosos.<sup>24</sup>

La Constitución de 1934, Constitución del gobierno provisional, también reguló el deber de contribuir, al establecer en su artículo 9, apartado tercero, que «Todo cubano está obligado a contribuir a los gastos públicos en la forma y proporción que dispongan las leyes».<sup>25</sup>

La Ley Constitucional de 1935 significó un retroceso en este sentido, pues no reguló el deber de contribuir, situación esta que no fue muy duradera pues la Constitución de 1940, considerada por algunos la Constitución más importante de la historia de Cuba,<sup>26</sup> retomó la tradición anterior y en sus artículos 9 inciso b) y 19 inciso e) reguló lo concerniente al deber de tributar.

El artículo 9 establece: «Todo cubano está obligado: a contribuir a los gastos públicos en la forma y cuantía que la Ley disponga»,<sup>27</sup>

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 550.

<sup>24</sup> Ángel UGARTE: *Comentarios a la Constitución de Cuba*, Talleres tipográficos Solana y Compañía, La Habana, 1918, p. 13.

<sup>25</sup> Andrés M. LEZCANO Y MAZÓN: *Ob. cit.*, p. 629.

<sup>26</sup> Ver Carlos Manuel de CÉSPEDES: «Aproximación a la Constitución de 1940», en *Encuentro de la Cultura cubana*, no. 24, Madrid, 2002, *pasim*; Néstor CARBONELL CORTINA: *El espíritu de la Constitución de 1940*, Playor, Madrid, 1974, *pasim*.

<sup>27</sup> Andrés M. LEZCANO Y MAZÓN: *Ob. cit.*, p. 849.

y el artículo 19 equipara los extranjeros residentes a los cubanos «en la obligación de contribuir a los gastos públicos en la forma y cuantía que la Ley disponga».<sup>28</sup>

En el año 1952 el tirano Fulgencio Batista impuso sus Estatutos Constitucionales, los cuales en materia tributaria recogieron los elementos principales de la Constitución de 1940.<sup>29</sup>

### **La Constitución de 1976: condicionantes históricos**

Con el triunfo de la Revolución Cubana el 1 de enero de 1959, comenzó para la tributación y el Derecho Tributario, un período de franco descenso en nuestro país. La Ley fundamental de 1959 prácticamente puso en vigor la Constitución de 1940,<sup>30</sup> por lo menos en materia tributaria fue así; y aunque se dictaron algunas leyes durante el período la tendencia fue hacia la disminución paulatina de la imposición.

Mucho tuvieron que ver con este hecho las nuevas políticas económicas<sup>31</sup> que se pusieron en práctica en nuestro país, y en consecuencia las nuevas condiciones de la economía cubana. En un principio las transformaciones económicas se fueron dando dentro del mismo sistema anterior, pero resultaba evidente que estaban dirigidas, cada vez más, a comprimir el papel del sector privado de la economía en beneficio del sector estatal.

Las leyes de reforma agraria y reforma urbana primero, y las grandes nacionalizaciones de las propiedades norteamericanas,<sup>32</sup> de las empresas industriales y comerciales, de las fábricas, almacenes e instituciones bancarias, y posteriormente<sup>33</sup> de todo el sector

<sup>28</sup> Andrés M. LEZCANO Y MAZÓN: *Las constituciones de Cuba*, ob. cit., pp. 851 y 852.

<sup>29</sup> Ver Juan M. MENOCAL Y BARRERAS: *Derecho Fiscal. Constitución, Legislación y Jurisprudencia cubanas*, Minerva, La Habana, 1958, p. 25 y ss.

<sup>30</sup> «La Ley Fundamental se concibe sobre la base de la Constitución de 1940, la cual reproduce en numerosos contenidos y acápites, si bien introduce modificaciones en un grupo de artículos y de disposiciones transitorias, algunas de fondo y otras simplemente de forma, al cambiar la denominación de órganos e instituciones». Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL: *Historia Constitucional y Poder Político en Cuba*, Ácana, Camagüey, 2009, p. 77.

<sup>31</sup> En un principio coexistieron el sistema presupuestario de financiamiento, desarrollado por el Che, para el sector industrial y el sistema de autogestión financiera, para el comercio exterior y la agricultura.

<sup>32</sup> Es importante tener en cuenta, al momento de realizar cualquier análisis histórico de este período, el férreo bloqueo económico y financiero que desde el año 1962 le impusiera Los Estados Unidos de América al pueblo cubano.

<sup>33</sup> Este proceso es conocido como «ofensiva revolucionaria» y condujo a la intervención de toda forma de propiedad privada incluso hasta los pequeños negocios personales o familiares.

privado, actividades comerciales, de servicios e industriales, trajeron como consecuencia que la economía cubana tuviera que depender, total y absolutamente, del sector estatal.

La asunción de la ideología marxista-leninista al estilo soviético a partir de la declaración del carácter socialista de la Revolución, y las alianzas estratégicas sostenidas con la URSS fueron determinando que en la economía cubana casi desaparecieran determinadas categorías financieras como los cobros, los pagos, el crédito, los impuestos, y que incluso rebasáramos la clásica concepción de la economía socialista de que la propiedad estatal debía ser sobre los medios fundamentales de producción.

Durante estos primeros años se fueron sucediendo un conjunto de normas tributarias que tuvieron su colofón en el año 1967 con la aprobación de la Ley no. 1213, de 27 de junio, con la cual se entronizaron «en Cuba los criterios y teorías desarrolladas por la doctrina socialista del este de Europa contra la tributación en general, y muy especialmente contra la imposición indirecta, que postulaban, esencialmente, el rechazo a la tesis de la impositibilidad tributaria por parte del Estado. Esta teoría socialista propugnó la generación de los fondos públicos a través de la redistribución de las ganancias de las empresas estatales hacia los fines de la satisfacción de las necesidades de la población, renunciando, como principio, al tributo como fuente de recaudación esencial de dichos fondos».<sup>34</sup>

Es en estas condiciones que se promulga la Constitución socialista de 1976, por lo que no es de extrañar que, siendo consecuente con la política que se había seguido hasta el momento, la materia tributaria no se haya tenido en cuenta, y en consecuencia se haya obviado el deber fundamental de contribuir a los gastos públicos. En ese entonces el tributo no poseía ningún protagonismo en la economía cubana, lo que se mantuvo de esta forma hasta la década del 80, cuando se intentó revivir la tributación mediante la entrada en vigor del Decreto-Ley no. 44 de 6 de julio de 1981, disposición que, a fin de cuentas, no vino a sistematizar la dispersa y contradictoria legislación tributaria imperante.

La difícil situación que se produjo en Cuba, después del derrumbe del campo socialista de Europa del este, propició que en el año 1992 se realizara una gran reforma constitucional, con el fin de adaptar nuestra Carta Magna a las nuevas relaciones

<sup>34</sup> Eurípides VALDÉS LOBÁN: *La imposición sobre el consumo en Cuba. Valoración crítica y propuesta de reforma*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2002, p. 207.



políticas, sociales y económicas que se avizoraban. A pesar de la grave crisis económica que atravesaba el país, en ese momento tampoco se valoró por el Estado cubano la importancia de otorgarle rango constitucional a un sistema tributario que, hasta ese momento, había operado limitadamente y sin el debido fundamento en la Carta Magna.

Esta fue una época en que se inició un proceso de cierta descentralización económica, donde se admitió la posibilidad de inversión directa a los capitales extranjeros, se permitió el desarrollo de nuevas formas de organización mercantil, se crearon nuevos mercados, hubo ciertos cambios jurídicos en la propiedad y en el régimen de tenencia de la tierra, y poco a poco se fue desarrollando una economía emergente.

A pesar del aparente olvido en la reforma constitucional de 1992,<sup>35</sup> las difíciles condiciones políticas y económicas a las que se enfrentaba el país, agudizadas además por la intensificación del bloqueo impuesto por Estados Unidos, y la apertura de la economía cubana a nuevas relaciones, provocó que el tema tributario fuera reevaluado, por su importancia en la recaudación de fondos públicos para la satisfacción de necesidades sociales; y es así que en el año 1994, solo dos años después de la reforma constitucional, se promulgó la Ley no. 73, Ley del Sistema Tributario cubano.

En los primeros días del mes de mayo del propio año 1994, se había celebrado la Primera Sesión Extraordinaria correspondiente a la Cuarta Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, en la cual se había acordado que el gobierno debía adoptar determinadas medidas con el fin de lograr el saneamiento financiero que requería el país para su recuperación económica. Una de estas medidas fue precisamente la implementación de un nuevo sistema tributario armónico, que debía responder a las necesidades que enfrentaba el país en ese momento, y debía establecerse de manera gradual y flexible.

Para este sistema tributario era imprescindible lograr un equilibrio de las cuentas fiscales. En necesario destacar que, en el año 1993, el déficit fiscal representó el 33% del Producto Interno Bruto. Lograr la suficiencia de ingresos era uno de los

<sup>35</sup> Solo se introdujo en el capítulo III «Extranjería», en su artículo 34, tercer apartado, lo siguiente: Los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los cubanos en la obligación de contribuir a los gastos públicos en la forma y la cuantía que la ley establece.

principales imperativos de esta política, dentro del principio de disciplina fiscal adoptado.<sup>36</sup>

El fundamento legal argumentado para la promulgación, por parte de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de la nueva norma tributaria fue el artículo 75 inciso b) de la Constitución, la propia Ley expresa en su «POR TANTO: La Asamblea Nacional del Poder Popular, en uso de las atribuciones que le confiere el inciso b) del artículo 75 de la Constitución de la República de Cuba, acuerda dictar la siguiente: Ley número 73 Del Sistema Tributario».<sup>37</sup>

La promulgación de todo acto normativo conlleva,<sup>38</sup> en virtud de principio de constitucionalidad y de jerarquía normativa, el correspondiente fundamento jurídico que habilite a la autoridad actuante, primero a promulgar esa determinada disposición jurídica, dígase ley, decreto-ley, decreto, etcétera, y segundo a pronunciarse sobre la materia de que se trate; pues solo estos dos preceptos justifican plenamente el nacimiento del nuevo acto.

En este caso el fundamento relacionado con la forma nos ha quedado claro, el artículo 75 inciso b) de la Constitución regula: «Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular: 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».

Evidentemente este artículo está facultando a la Asamblea Nacional para dictar leyes, siendo además el único órgano con potestad para hacerlo, de ahí que la promulgación de la Ley no. 73, desde el punto de vista formal, está dentro de sus competencias.

Al ser éste el único fundamento jurídico que menciona la Ley no. 73, desde el punto de vista material, resulta dudosa la facultad de la Asamblea de promulgar una Ley del Sistema Tributario, duda que siembra la propia norma al ser omisa en este sentido.

De hecho, autores cubanos defienden que: «La Ley no. 73 de 1994 es la expresión superior del Sistema Tributario, es el sistema general en la materia y de obligada referencia para aquellas leyes que establezcan regímenes tributarios diferenciados»;<sup>39</sup>

<sup>36</sup> COLECTIVO DE AUTORES: *Administración financiera del Estado cubano*, Centro de Estudios Contables, Financieros y de Seguros, La Habana, 2005, p. 140.

<sup>37</sup> Ver Ley no. 73, de fecha 4 de agosto de 1994, Ley del Sistema Tributario cubano.

<sup>38</sup> La parte expositiva de todo acto normativo, constituye su exposición de motivos, y debe hacer referencia, entre otras cosas, al objeto y finalidad de la norma, así como a las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta.

<sup>39</sup> COLECTIVO DE AUTORES: *Administración financiera del Estado cubano*, ob. cit., p. 183.

afirmación que abiertamente está reconociendo a esta Ley como la fuente de mayor jerarquía en materia tributaria.

A pesar de todas las medidas tomadas en los años 90, la economía cubana sigue atravesando una profunda crisis, por lo que el Partido Comunista de Cuba, con el objetivo de actualizar el modelo económico cubano y garantizar la irreversibilidad del Socialismo, el desarrollo económico del país y la elevación del nivel de vida de la población, emitió un documento denominado Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución, que fue aprobado en el VI Congreso del Partido el 18 de abril de 2011 y en el Séptimo Período Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 1 de agosto de 2011.

Según MURILLO «los Lineamientos aprobados y discutidos por todo el pueblo y el Congreso del Partido Comunista de Cuba, tienen un carácter estratégico, pues dan prioridad al desarrollo de las fuerzas productivas, al sector agropecuario y a aquellas áreas que generan ingresos al país en divisas libremente convertibles».<sup>40</sup>

A partir de los mencionados lineamientos se han tomado un grupo de medidas económicas, amparadas en las correspondientes disposiciones jurídicas, que pretenden actualizar el modelo económico cubano.

En este nuevo contexto económico, y como parte de esta nueva política fiscal encaminada a incrementar la eficiencia económica y los ingresos al presupuesto del Estado, fue aprobada en nuestro país una nueva Ley tributaria, la Ley no. 113, y su reglamento, el Decreto no. 308, Reglamento de las Normas Generales y de los procedimientos tributarios.

El anteproyecto, redactado por el Ministerio de Finanzas y Precios y la Oficina Nacional de la Administración Tributaria, fue debatido y aprobado en el IX Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular convocada el 23 de julio de 2012; y el 21 de noviembre del propio año, la nueva Ley y su Reglamento, fueron publicados en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, para entrar en vigor el 1 de enero de 2013.

El contexto constitucional en el que se promulga la Ley no. 113 con respecto a la Ley no. 73, si bien en ambos momentos ha estado vigente la Constitución socialista de 1976, es hasta cierto punto diferente; lo que no quita que a ambas normas se les pueda acusar de dudosa constitucionalidad.

<sup>40</sup> Palabras pronunciadas por Marino Murillo, en ese momento vicepresidente del Consejo de Ministros, en Conferencia de prensa ofrecida en el Hotel Nacional de Cuba el 27 de marzo de 2012, <http://www.cubadebate.cu/noticias/2012/03/27/marino-murillo-no-habra-cambio-del-modelo-politico-en-cuba>

La Ley no. 73 fue aprobada después de que, en el año 1992, se realizara una gran reforma constitucional, en la cual no se había tenido en cuenta el tema tributario. De ahí que su fundamento jurídico fuera solamente formal —en cuanto al órgano facultado para crear Leyes— y no pudiera ampararse en un deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. En ese tejido de reciente reforma constitucional era impensable una nueva modificación en esta materia, por lo que la Ley estaba condenada a perdurar sin un voto claro de constitucionalidad.<sup>41</sup>

Las circunstancias en que se promulga la nueva Ley no. 113 responden a un momento jurídico distinto, la norma, en vez de ser aprobada a posteriori de una reforma constitucional como ocurrió en 1994, se promulga en medio de una vorágine legislativa que debe tener como corolario una nueva reforma constitucional, sino una nueva Carta Magna.<sup>42</sup> En correspondencia la Ley en sus POR CUANTOS se refiere, además de al necesario fundamento formal —artículo 75 inciso b) del texto constitucional— al deber de contribuir<sup>43</sup> como necesario sostén material, lo que evidencia cierta vocación correctiva con respecto a la normativa anterior, y que, pudiera pensarse, adelanta una futura constitucionalización del deber de contribuir.

### A modo de conclusiones

Luego de una consiente ausencia de un adecuado sistema tributario en la economía cubana, las últimas dos décadas han marcado un cambio trascendental en nuestra política fiscal. Lo que ha llevado a que la falta de legitimidad constitucional de la tributación se haya convertido en un elemento de trascendencia y de franca amenaza al principio de constitucionalidad.

<sup>41</sup> Los mecanismos de control de constitucionalidad en Cuba son limitados en el ámbito judicial. Ver Liana SIMÓN OTERO: «El control de constitucionalidad de las leyes en Cuba: el reto de su judicialización», en el libro, AA. VV.: *Escritos sobre Derecho Procesal Constitucional, Homenaje cubano al profesor Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del Derecho*, III de la UNAM, IMDPC, Unijuris, UH, UNJC, La Habana, 2012.

<sup>42</sup> Esto no significa que justifiquemos las modificaciones legislativas al margen del procedimiento jurídico establecido, y mucho menos al margen de la Constitución, solo hacemos notar que en la actualidad cubana la constitución formal dista mucho de la constitución material.

<sup>43</sup> «Constituye un deber la contribución ciudadana al sostenimiento de los gastos públicos, que entre otras formas tiene el pago de los tributos, la que redunde en que el Estado disponga de mayores recursos financieros para alcanzar mayor justicia social y satisfacer los requerimientos de la sociedad». *Gaceta Oficial Ordinaria* no. 053 de 21 de noviembre de 2012, p. 1693.

Es por esto que la regulación del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos constituye en la actualidad una necesidad ineludible, solo salvada, como mínimo, por una reforma constitucional.

Tal y como está estructurada en la actualidad nuestra Constitución, y teniendo en cuenta las críticas que ha recibido el hecho de que algunos derechos no se encuentren regulados en su capítulo VII Derechos, Deberes y Garantías fundamentales, lo más lógico sería considerar que la inclusión del deber de contribuir deba efectuarse precisamente en este capítulo. No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta dos elementos significativos, el primero, es la relevancia del deber de contribuir dentro de los fundamentos económicos de todo Estado, y el segundo, que el deber de contribuir constituye el requisito, a partir y en relación con el cual, se regulan los principios del sistema tributario.

Es por esto que sin entrar a cuestionar las clásicas partes en que se dividen las cartas magnas,<sup>44</sup> consideramos que el deber de contribuir debía regularse en la parte destinada a los fundamentos económicos, claro está con una redacción clara y precisa, que no deje lugar a dudas sobre su condición de deber constitucional, y con ello de contenido especialmente protegido.

<sup>44</sup> El hecho de admitir la presencia en la Constitución de una parte dogmática, no implica aceptar que esta deba estar circunscrita a un capítulo o a un determinado número de artículos, sino que la parte dogmática queda identificada por el contenido, el cual puede estar organizado teniendo en cuenta otros criterios, como puede ser la materia de que se trate.

## **Apuntes sobre la Ley no. 113, *Del Sistema Tributario*, en el marco de las transformaciones económicas en Cuba**

Orestes J. DÍAZ LEGÓN\*

Carlos PÉREZ INCLÁN\*\*

### **Consideraciones preliminares**

En la actividad desarrollada por el Estado para el cumplimiento de sus fines, tiene una especial relevancia aquella encaminada a la obtención de los recursos financieros indispensables con los que enfrentar los gastos que tales fines exigen, para cuya consecución, como cualquier agente productivo, este dispone de distintas alternativas.<sup>1</sup> Dentro de tales opciones, el alcance del tributo en la financiación de las actividades públicas posee un lugar preponderante; en cuya virtud, en el ámbito de la Hacienda Pública, se torna en una partida de ingresos básica<sup>2</sup> y parte fundamental del Producto Interno Bruto de las naciones.

\* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Profesor Auxiliar de Derecho Financiero, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

\*\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera (MINCEX). Profesor Auxiliar de Derecho Financiero, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> El Estado dispondrá de los recursos que genere su propia actividad económica, a cuyo efecto de diferentes servicios que realiza resultan ingresos que cubren, total o parcialmente, sus costos de producción. De igual modo, el Estado es titular de bienes y derechos de naturaleza patrimonial, de los que podrá obtener ingresos a partir de su explotación y disponer para financiar otras actividades; o podrá recurrir al endeudamiento, que le permitirá también la financiación del gasto público. Finalmente, el Estado cuenta con poder para exigir de los ciudadanos su participación en la financiación de los gastos públicos a través de los tributos, constituyendo precisamente la potestad para cobrarles una de las características básicas del Estado contemporáneo.

<sup>2</sup> Lo cual es apreciable en la financiación del gasto público en Cuba, donde se prevén como ingresos brutos totales, para el ejercicio fiscal de 2016, la cantidad de 52 695.8 millones de pesos (MP) y, de ellos, 37 383.6 MP resultan ser ingresos tributarios, para una representatividad de estos del 70.94 % en los ingresos presupuestarios. Cfr. Ley no. 120, Presupuesto del Estado para el año 2016, de 29 de diciembre de 2015. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 1, de 12 de enero de 2016. De igual manera, si se compara el volumen de ingresos tributarios con respecto al volumen total de ingresos brutos obtenidos tras la ejecución del Presupuesto correspondiente a los años comprendidos entre el 2008 y el 2013 se aprecia que estos representan más del 55%. En este orden, en el año 2008 los ingresos

Así, en el logro del equilibrio macroeconómico necesario para alcanzar los objetivos de desarrollo propuestos en un país le corresponde a la política fiscal<sup>3</sup> un papel muy importante. La política tributaria constituye para el Estado moderno un eslabón fundamental de la política fiscal, no solo en ocasión de su papel recaudador de recursos monetarios hacia el Presupuesto, sino porque mediante la misma se pretende regular los procesos económicos-sociales en la búsqueda de las proporciones adecuadas para el logro del equilibrio y la estabilidad macroeconómica, condiciones imprescindibles para el desarrollo político, económico y social de una nación. En este orden, los ingresos resultan el principal elemento de vinculación en el funcionamiento del mecanismo de interacción de las relaciones de distribución, los intereses económicos y de la producción, y a través de los mismos es posible materializar una considerable influencia de la política fiscal al uso eficiente de los recursos productivos y de la satisfacción de las necesidades sociales.

Consecuentemente, uno de los campos de mayor evolución y transformación en el ámbito de las normas jurídicas es el referido a la materia fiscal, ello en virtud de la estrecha relación que esta tiene con los aspectos económicos y sociales, cuyo dinamismo afecta necesariamente a las normas tributarias.

En este orden, a diferencia de décadas pasadas, en que se aplicaban de manera aislada e independientes de otras medidas, las reformas tributarias constituyen en los últimos años uno de los principales instrumentos de la política económica, encaminadas a reestructurar la economía, y se tornan parte integrante de un conjunto de cambios de política introducidos para estimular la eficiencia de la economía. Para ello, las reformas tributarias deben ser coherentes con los objetivos generales de las transformaciones económicas que realice un país, los condicionamientos externos y las orientaciones y necesidades de la política económica en cuyo contexto ellas se llevan a cabo.<sup>4</sup>

tributarios representaron un 58.11 %, en 2009 un 57.69 %, en 2010 un 56.31 %, en 2011 un 58.58 %, en 2012 un 59.28 % y en 2013 un 61.32 %.

---

<sup>3</sup> En palabras de UMANSKY, BENÍTEZ y CHAVIANO: «La forma concreta en que el Estado determina el monto total y la composición de los recursos, captados de los diferentes agentes económicos, y de las erogaciones realizadas con el fin de realizar sus funciones, constituye y expresa la política fiscal adoptada». Isaac UMANSKY, Arely BENÍTEZ FERNÁNDEZ y Noel CHAVIANO SALDAÑA: «Ámbito de las finanzas públicas», en V.V.A.A., *Administración Financiera del Estado cubano*, CECOFIS, La Habana, 2003, p. 33.

<sup>4</sup> Ver Vito TANZI: «La reforma tributaria de América Latina en los últimos diez años», en *Revista de Política y Administración Tributaria*, no. 2, Editorial Seniat, Caracas, 1996, pp. 79-107.

A partir de lo anterior, nos proponemos realizar una caracterización general de la Ley no. 113, teniendo en cuenta el papel esencial que le corresponde jugar en el actual contexto de actualización del modelo económico en Cuba.

### **La Ley no. 73 de 1994: antecedente de la reforma tributaria**

A finales de la década de los 80 y principios de los 90 de la pasada centuria, la economía cubana sufrió serios impactos externos que provocaron una caída significativa de la producción y la aparición de agudos desequilibrios financieros. La adopción de un programa de ajuste económico y saneamiento financiero, en el cual se insertó una reforma en la política y administración tributaria, sancionada en la Ley no. 73, Del Sistema Tributario, de fecha 4 de agosto de 1994,<sup>5</sup> aseguraría un proceso paulatino de recuperación económica y reinserción en la economía mundial.

Esta Ley significó el retorno de la imposición como vía esencial en la captación de recursos financieros con destino al erario público — a la que se había renunciado paulatinamente, en forma escalonada pero creciente, desde el triunfo revolucionario de 1959, al asumirse un modelo de economía que pretendía prescindir de los tributos como instrumento de financiación del gasto público— y respondía a un nuevo entorno económico. Sin embargo, aunque el sistema tributario establecido en la Ley no. 73 obedece, coyunturalmente, a situaciones muy específicas de saneamiento financiero, se erige en un mecanismo de estímulo y redistribución, coherente con la dispersión y diversas modalidades de sujetos económicos, y contribuye a que ordenadamente se actúe, según la capacidad económica de los sujetos pasivos, al sostenimiento de la política social. De igual manera, la referida Ley responde a las necesidades de coadyuvar al desarrollo de la economía nacional, a propiciar una redistribución más justa de los ingresos, e influye de manera significativa en el atributo de suficiencia del sistema tributario cubano en el Presupuesto.

El sistema tributario implementado por la Ley tributaria de 1994 cumplió en su momento sus objetivos, pues redujo los niveles de déficit presupuestario existentes y disminuyó el exceso de liquidez, contribuyendo al reordenamiento de la disciplina financiera. No obstante, pese a sus fortalezas,<sup>6</sup> su eficiencia y eficacia resultaron afectadas, entre otras, por las siguientes cuestiones:

<sup>5</sup> *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 8, de 5 de agosto de 1994.

<sup>6</sup> Entre las fortalezas de la reforma tributaria de 1994 se incluyen:

. Disminución sustancial del déficit fiscal y su mantención en magnitudes sostenibles y estables en relación con el Producto Interno Bruto;



1. La ausencia, después de 1994, de cambios sustanciales que imprimiesen un carácter activo a la política tributaria;

2. el incumplimiento del cronograma de implementación de la Ley provoca que la tributación efectiva difiera de aquella prevista en la Ley, a lo que se adiciona que, pese a su previsión, un conjunto de tributos no se aplican;<sup>7</sup>

3. una inadecuada sistematización de figuras tributarias que no permiten una gestión efectiva;<sup>8</sup> y,

4. la erosión en las bases y cuotas impositivas, provocada por un importante grupo de exenciones, bonificaciones y desgravaciones fiscales que reducen la cuantía de sus recaudaciones.

. crecimiento sostenido de la recaudación de ingresos al Presupuesto del Estado, cumpliéndose las previsiones previstas en las leyes presupuestarias;

. cambio estructural en la forma de financiamiento del Estado, al lograrse una mayor representatividad de los ingresos tributarios en el total de ingresos presupuestarios;

. unificación y coherencia al disperso conjunto de figuras existentes;

. aumento del número de personas naturales y jurídicas inscriptas en el Registro de Contribuyentes y el mejoramiento del control que dicho proceso exige;

. altos niveles de cumplimiento de las obligaciones tributarias, que evidencian el fortalecimiento de la cultura de contribución por parte de los obligados al desarrollo de un modelo gestor y de una fuerte colaboración social;

. actualización del ordenamiento jurídico acorde a patrones cercanos a la práctica internacional; y,

. creación de una infraestructura fiscal en cuanto a servicios de recaudación y consultoría, así como la capacitación básica de las autoridades competentes en los tribunales que resuelven recursos vinculados a temas fiscales.

---

<sup>7</sup> La DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA de la Ley no. 73 de 1994 establece una gradualidad en la entrada en vigor de los impuestos, tasas y contribuciones determinados en ella, pese a lo cual se observa que, tras 18 años de vigencia del sistema tributario, algunos de estos no se aplicaron a todos los sujetos previstos en la Ley, con la consecuente vulneración del principio de generalidad; situación que estuvo condicionada al contexto económico del país que no hacía aconsejable su aplicación al no concurrir todas las condiciones económicas y sociales necesarias para su exigibilidad.

<sup>8</sup> La Ley no. 73 de 1994 es esencialmente enunciativa pues las previsiones de que son contentivos sus diferentes artículos no posibilitan la liquidación y cobro de los tributos en ella establecidos.

Ello condujo a que en su DISPOSICIÓN FINAL QUINTA se faculte al Ministro de Finanzas y Precios para, cuando circunstancias económicas y sociales así lo aconsejen, conceder exenciones y bonificaciones, y establecer bases impositivas y tipos impositivos, gastos deducibles, reglas para la valoración y definición de las bases impositivas, y las formas y procedimientos para la liquidación y pago de los impuestos, con lo cual se suple tal omisión, pero generó una alta proliferación de disposiciones legales a partir de instrumentarse su reglamentación por resoluciones de la máxima autoridad de la Administración Tributaria del país.

La Ley del Sistema Tributario de 1994 estableció 15 tributos – 11 impuestos, 1 contribución y 3 tasas –, encaminados a gravar la renta, el patrimonio y el consumo en tanto manifestaciones de capacidad contributiva generalmente reconocidas. Pero el tratamiento sectorial en ocasión de la implementación de estos tributos, la aplicación de regímenes especiales para algunos sectores económicos y la variedad de tipos impositivos, determinaron un alto nivel de dispersión que atentó contra la gestión del sistema; a lo cual se puede adicionar que la concurrencia de impuestos propios de una imposición sectorial –llamados a ser sustituidos gradualmente por tributos en ella establecidos, pero cuya representatividad entre los ingresos presupuestarios impide renunciar a ellos– provocó una mayor dispersión del sistema. Así, resultaba necesaria una simplificación de la estructura impositiva que facilitara el control y la capacidad gestora de la Administración Tributaria y el cumplimiento por los obligados tributarios de sus compromisos fiscales.

### **La reforma tributaria de 2012: una mirada a la Ley no. 113 y sus provisiones**

Tradicionalmente las reformas tributarias suelen ser justificadas por la concurrencia de la necesidad de la cobertura de las necesidades recaudatorias, el perfeccionamiento de los métodos redistributivos de la carga tributaria y un mejor servicio a los fines de la política económica.

De igual manera, existen consideraciones sobre que un sistema tributario suele calificarse adecuado si concentra en un número reducido de tributos su peso recaudatorio –es decir, que posea un alto nivel de concentración–, lo cual facilita la gestión del sistema. Este índice de concentración tributaria es susceptible de medición no solo por razón de las figuras técnicamente reconocidas, sino también por considerar todas aquellas variaciones en la implementación del gravamen en cuanto a objetos imponibles, tipos impositivos y regímenes especiales.

Todos los países hacen uso de múltiples tributos que responden a un orden más o menos lógico y que se integran en lo que se conoce como sistema tributario. En un sentido mucho más amplio, en ocasiones se considera el sistema tributario como compuesto no solo por la estructura tributaria correspondiente sino también por los principios que la gobiernan, los medios operativos de la Administración Tributaria que los aplica y por los procedimientos para la gestión impositiva y sus gestores.

A partir del año 2004 —y pese a que la implementación de la Ley no. 73 de 1994 potenció la capacidad recaudadora del sistema de ingresos del Estado por la vía de los tributos que, unido a una política de control del gasto, posibilitó acotar el déficit fiscal en niveles sostenibles inferiores al 4% del PIB en los ejercicios fiscales correspondientes a los años 1995 al 2003— se produce un crecimiento de los gastos sociales a ritmos superiores al de los ingresos, lo cual ubicó el déficit fiscal por encima del 4% con respecto al PIB —excepto en los ejercicios fiscales correspondientes a los años 2006 y 2007 en los que, a pesar de mantenerse el ascenso de los gastos, se captaron ingresos extraordinarios que redujeron el déficit a 2.2% y 3.2% del PIB, respectivamente—;<sup>9</sup> reducción del déficit fiscal que requeriría potenciar los ingresos presupuestarios a través de un fortalecimiento del control fiscal, ampliando las bases imponibles o incrementando los tipos impositivos, o estableciendo nuevos tributos.

Con esta perspectiva, el 23 de julio de 2012, durante el IX Período Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional de Poder Popular, se aprobó la Ley no. 113, Del Sistema Tributario.<sup>10</sup>

El panorama en el cual nace esta norma jurídica puede caracterizarse de singular pues Cuba se encuentra inmersa en un proceso de actualización de su modelo económico, sobre la base de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados, tras un amplio debate popular, en abril de 2011 en ocasión de la celebración del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba.

Previo a la adopción de la Ley no. 113 de 2012, varias medidas económicas resultaron adoptadas<sup>11</sup> y dictadas diversas normas jurídicas como expresión formal y lógico corolario de los cambios pretendidos y de las experiencias que se practican. En este proceso

<sup>9</sup> Oficina Nacional de Estadísticas e Información: Anuario Estadístico de Cuba, y Ministerio de Finanzas y Precios: Informe de Liquidación, correspondiente a cada año del periodo consignado.

<sup>10</sup> *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria no. 53, de 21 de noviembre de 2012. En vigor desde el primero de enero de 2013, según prevé la DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA de la Ley en cuestión.

<sup>11</sup> En tal sentido, pueden señalarse la flexibilización y ampliación del ejercicio del trabajo por cuenta propia, el otorgamiento de tierras en usufructo, la concesión de créditos bancarios a personas naturales, el otorgamiento de subsidios a personas naturales para realizar acciones constructivas, el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema de dirección y gestión empresarial, y la promoción de otras formas de gestión no estatal de la economía como las cooperativas en sectores no agropecuarios.

transformador se le atribuye especial significación a la política fiscal y, por esa vía, al sistema tributario, ratificando que la tributación constituye uno de los instrumentos con que cuenta el Estado cubano para influir en la conducción de su economía desde una perspectiva agregada y que el rol a cumplimentar por un sistema tributario depende de las metas que el Estado se haya fijado en un momento histórico determinado y de la que se considere debe ser su función en el sistema económico.

Entonces, el sistema tributario establecido a tenor de la Ley no. 113 está llamado a:

- 1) Garantizar los recursos monetarios suficientes que permitan enfrentar las erogaciones que debe cumplimentar el Estado en función de la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad cubana;
- 2) servir como mecanismo de redistribución de la riqueza;
- 3) convertirse en vía de estímulo a los sectores, actividades y conductas que contribuyen al desarrollo socioeconómico y desestimar aquellos que son contrarios a ello; y
- 4) fomentar la cultura tributaria y la responsabilidad que ostentan los ciudadanos y las entidades económicas en el cabal cumplimiento de las obligaciones tributarias. Se trata, en definitiva, de utilizar al sistema tributario como un instrumento general y activo de la política económica nacional.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Cfr. POR CUANTO PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la Ley no. 113 de 2012.

En el Dictamen sobre el Proyecto de Ley del Sistema Tributario Cubano se señala: «El Proyecto de Ley del Sistema Tributario Cubano, que hoy se presenta a la Asamblea Nacional después del proceso de análisis antes explicado, constituye uno de los instrumentos básicos para avanzar en la actualización del modelo económico en los términos planteados por el VI Congreso del PCC. En él, la política tributaria tendrá la base legal para cumplir su papel regulador y permitir un modo de funcionamiento de la economía más apoyado en principios generales de derechos y de regulación económica que en disposiciones administrativas. Con el cumplimiento estricto de esta Ley, una vez que sea aprobada por la Asamblea Nacional, el Estado tendrá un instrumento general de política económica, no solo para asegurar ingresos en la cuantía suficiente, sino para estimular los sectores, actividades y conductas que contribuyen al desarrollo socioeconómico, sino también desestimar aquellos que son contrarios a ello y hacer crecer la cultura tributaria — apenas incipiente hoy — en la población y en las entidades económicas de todos los sectores y formas de propiedad». COMISIONES DE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y JURÍDICOS Y DE ASUNTOS ECONÓMICOS, Dictamen sobre el Proyecto de Ley del Sistema Tributario Cubano, IX Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura, de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de 23 de julio de 2012.

Y similares previsiones en el Acuerdo no. VII-78 de la Asamblea Nacional del Poder Popular, de 23 de julio de 2012. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 41, de 21 de septiembre de 2012. En esta propia línea de exposición, pueden consultarse los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, específicamente del 56 al 65.

La promulgación de la Ley no. 113 define un capítulo en la historia de las finanzas públicas cubanas y, con más precisión, para la materia tributaria, toda vez que de cara a los retos que se enfrentan y los proyectados, era preciso reformar la plataforma jurídica del sistema tributario.

En líneas generales, puede afirmarse que la nueva Ley tributaria es síntesis de la experiencia obtenida durante la aplicación de la Ley no. 73 de 1994 y expresión de las nuevas circunstancias y objetivos propuestos a alcanzar por el Estado cubano en el proceso de perfeccionamiento de las maneras de hacer en el plano económico.

Asimismo, el nuevo texto normativo ofrece una visión más unitaria del fenómeno jurídico tributario al regular no solo las distintas figuras tributarias integrantes del sistema tributario, sino también cuestiones comprendidas en lo que se denomina Derecho Tributario formal.<sup>13</sup> Por tanto, en su perspectiva, la Ley no. 113 de 2012, pretende lograr un sistema tributario que reúna cuatro características fundamentales:

- . Que fomente el desarrollo económico del país, para lo cual diseña un sistema de tributos encaminados a incentivar el crecimiento económico;
- . que asegure la suficiencia y cumpla los principios de la imposición de generalidad, capacidad económica, igualdad y progresividad que han de regirle;
- . que sea sencillo, de mayor simplicidad que el establecido en la Ley no. 73 de 1994; y
- . que favorezca el desarrollo social, adoptándose medidas que beneficien particularmente a colectivos que han de ser objeto de especial protección, como las capas de menores ingresos de la población.

En la actualidad, las estructuras tributarias más generalizadas son aquellas que abarcan impuestos que se consideran esenciales por su capacidad recaudatoria, por sus efectos económicos —tales como el

<sup>13</sup> El Derecho Tributario formal «comprende el conjunto de normas jurídicas que disciplinan la actividad administrativa instrumental que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de las relaciones tributarias sustantivas y las que surgen entre la Administración Pública y los particulares como consecuencia del desenvolvimiento de esta actividad». Fernando SÁINZ DE BUJANDA: *Lecciones de Derecho Financiero*, 9na. edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 10.

La Ley no. 113, sin perjuicio de ser complementada por el Decreto no. 308, Reglamento de las Normas Generales y de los Procedimientos Tributarios, de 31 de octubre de 2012, incluye un Libro —Libro Sexto— referido a la gestión y control de los tributos.

impuesto personal sobre la renta o sobre las ventas — o por su capacidad de control de las magnitudes básicas afectadas por el sistema tributario — como es el caso de la imposición sobre sociedades y de aquella que grava las transmisiones patrimoniales, incluidos los impuestos sobre sucesiones y donaciones—. Asimismo, junto a las figuras esenciales, aparecen impuestos que pretenden fundamentalmente una determinada ordenación económica y social, tales como los que recaen sobre el comercio exterior, y otros que pretenden una más adecuada asignación de costes sociales, entre los que se encuentran los que recaen sobre bienes específicos —entre otros, bebidas y licores, tabaco, automóviles y combustibles— o los que se refieren a la preservación del medio ambiente.

El sistema tributario que se establece en la Ley no. 113 de 2012 queda integrado por 25 tributos, de ellos 19 impuestos,<sup>14</sup> 3 contribuciones<sup>15</sup> y 3 tasas.<sup>16</sup> Es obligado significar que si bien cuantitativamente existe un aumento de las categorías fiscales con respecto al régimen precedente, cualitativamente varios de los tributos hoy exigibles son solo el resultado de concreciones y un mejor desarrollo estructural de hechos impositivos anteriormente existentes;<sup>17</sup> incluso, algunos de los tributos que en la actualidad

<sup>14</sup> Impuestos sobre los Ingresos Personales, sobre Utilidades, sobre las Ventas, Especial a Productos y Servicios, sobre los Servicios, sobre la Propiedad de Viviendas y Solares Yermos, sobre la Propiedad o Posesión de Tierras Agrícolas, por la Ociosidad de Tierras Agrícolas y Forestales, sobre el Transporte Terrestre, sobre la Propiedad o Posesión de Embarcaciones, sobre Transmisión de Bienes y Herencias, sobre Documentos, por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, por el Uso o Explotación de las Playas, por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas, por el Uso y Explotación de Bahías, por la Utilización y Explotación de los Recursos Forestales y la Fauna Silvestre, por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres, y Aduanero.

<sup>15</sup> Contribuciones a la Seguridad Social, Especial a la Seguridad Social, y Territorial para el Desarrollo Local.

<sup>16</sup> Tasas por Peaje, por Servicios de Aeropuertos a Pasajeros, y por la Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial.

<sup>17</sup> Es el caso de los impuestos sobre la Propiedad de Viviendas y Solares Yermos, sobre la Propiedad o Posesión de Tierras Agrícolas, por la Ociosidad de Tierras Agrícolas y Forestales, y sobre la Propiedad o Posesión de Embarcaciones donde, en virtud de los Artículos 29 y 30 de la Ley no. 73 de 1994, la propiedad de viviendas, solares yermos, fincas rústicas y embarcaciones, y la propiedad o posesión de tierras ociosas que injustificadamente no se explotasen, calificaban como hechos impositivos del Impuesto sobre Propiedad o Posesión de Determinados Bienes. Lo mismo sucede con la Contribución a la Seguridad Social donde los Artículos 53 y 56 de la precitada Ley incluían aquella a pagar por las entidades que empleen a los beneficiarios del régimen de la seguridad social, y una contribución especial de los trabajadores beneficiarios de la Seguridad Social, y de la que resultan en la actualidad la Contribución a la Seguridad Social y la Contribución Especial a la Seguridad Social.

presentan una fisonomía propia se aplicaban a través de Resoluciones del Ministro de Finanzas y Precios bajo la cobertura de hechos imponibles genéricos<sup>18</sup> o constituían obligaciones financieras no calificadas como impositivas.<sup>19</sup> Sin duda alguna, la reforma tributaria que implementa el actual sistema tributario da continuidad al programa de transformación estructural del sistema fiscal que iniciase la Ley no. 73 de 1994.

La Ley no. 113 de 2012 ratifica el concepto de tributo sobre los pilares tradicionales de prestación pecuniaria y coactividad, reconociendo expresamente las funciones fiscal y extrafiscal que posee, a cuyo tenor este no solo tiene como objetivo obtener los recursos necesarios para la satisfacción de los gastos públicos, sino también el cumplimiento de otros fines de interés general;<sup>20</sup> a lo que se adiciona la circunstancia de que cualquier utilización del tributo como instrumento para conseguir otros fines más allá de los estrictamente recaudatorios, e incluso al pretender estos últimos, no puede desconocer los principios de justicia tributaria.<sup>21</sup> En tal sentido, la generalidad, la equidad de la carga tributaria y la capacidad económica se convierten en bases y criterios orientadores del establecimiento de los tributos en el entorno cubano,<sup>22</sup> con lo cual toda actuación en materia tributaria debe estar presidida por el respeto a tales principios.

La consideración del tributo como medio de consecución de fines económicos-sociales se enfatiza en el actual contexto y es una nota destacable del nuevo ordenamiento jurídico tributario. Lo anterior

<sup>18</sup> Son los supuestos de los impuestos por el Uso y Explotación de Bahías y por la Utilización y Explotación de los Recursos Forestales y la Fauna Silvestre.

<sup>19</sup> Así, el Impuesto Aduanero, que se excluyó desde el año 1967 del sistema tributario en virtud de la Ley no. 1213, de 27 de junio de 1967. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria no. 4, de 7 de julio de 1967.

<sup>20</sup> Tal consideración resulta de la letra del Artículo 3 de la Ley que se analiza, al reconocer expresamente la contribución de los tributos al desarrollo económico — principio de la instrumentación económica del tributo — en ocasión de señalar: Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país.

<sup>21</sup> Heterogéneas han sido las concepciones sobre la justicia tributaria o fiscal y disímiles consideraciones se han realizado desde la Ciencia de la Hacienda Pública, la Sociología, el Derecho Financiero, o mejor, el Derecho Tributario. No obstante, y sin pretensión alguna de adentrarnos en las complejidades que el tratamiento de este tópico entraña, no menos podemos afirmar que todo sistema tributario debe estar anclado en criterios de justicia, debiendo los ordenamientos jurídicos fiscales consagrar los principios de justicia material, que se erigen en ejes informadores de la configuración de los distintos institutos tributarios.

<sup>22</sup> Cfr. Artículo 2 de la Ley no. 113 de 2012.

puede argumentarse, por un lado, desde la forma de configurar determinadas especies tributarias en las cuales se internalizan las finalidades extrafiscales y, por otro lado, desde la variedad de beneficios fiscales que se plasman.

Para el primer caso puede decirse que se refuerza la protección del medio ambiente y los recursos naturales mediante los impuestos por el Uso o Explotación de las Playas, por el Uso y Explotación de Bahías, por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres, por la Utilización y Explotación de los Recursos Forestales y la Fauna Silvestre, así como por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas.

Para el segundo caso, se pueden mencionar los siguientes beneficios fiscales:

- Mantención, en el Impuesto sobre los Ingresos Personales, de la exención sobre los salarios hasta tanto se mantengan las actuales condiciones económicas.
- Política de abrir espacios al trabajo por cuenta propia al aplicar alícuotas progresivas que disminuyen el tipo impositivo en los tres primeros tramos con respecto a aquella vigente en el año 2011, con el objetivo de adecuar la carga tributaria a los niveles de ingreso. En general, a las personas que realizan actividades a título independiente —es decir, los trabajadores por cuenta propia— se les disminuye la carga tributaria entre un 3 y un 7 % para mayores y menores ingresos respectivamente.
- Mantención, en el Impuesto sobre Transmisión de Bienes y Herencias, de una bonificación del 20% de la cuantía a pagar por los herederos no aptos para trabajar y que dependan económicamente del causante, así como a los declarados judicialmente incapaces y a las mujeres de 60 años o más y a los hombres de 65 años o más.
- Tratamiento a los productores agropecuarios acorde con la necesidad de estimular la producción de alimentos y de diversos productos del sector al ser generalizado el Impuesto sobre Utilidades al mismo, con un beneficio fiscal de reducción del 50 % del tipo impositivo que se aplica en los demás sectores de la economía. En igual sentido actuará la exención a los usufructuarios de tierras estatales del pago de los impuestos sobre los Ingresos Personales, sobre la Propiedad o Posesión de Tierras Agrícolas y por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, por un periodo de 2 años a partir de la entrega de las tierras y por 4 años si fuera necesario emprender trabajos adicionales por la existencia de plantas leñosas (como el marabú).



- No aplicación del Impuesto sobre la Propiedad de Viviendas y Solares Yermos hasta tanto no existan las condiciones económicas y sociales que así lo aconsejen, y se exime de su pago a los propietarios de viviendas declaradas inhabitables. A su vez, el estímulo a la construcción de viviendas por esfuerzo propio se expresa en el establecimiento de una exención durante 5 años para aquellos propietarios que hayan construido su vivienda bajo esa forma de construcción, los que serán contados a partir de la fecha de adquisición de la propiedad del inmueble.
- Disminución progresiva del tipo impositivo del Impuesto por la Utilización de la Fuerza de Trabajo, de un 20 % a un 5 % en un plazo de 5 años, y se ratifica la exención del pago de este impuesto a los trabajadores por cuenta propia, los agricultores individuales y otras personas naturales que sean autorizadas a contratar fuerza de trabajo, por la contratación de hasta 5 trabajadores, y para aquellos trabajadores contratados que excedan de esta cantidad se establece una escala progresiva en proporción al salario medio de la provincia de que se trate.

En otros casos, al existir la posibilidad de variar el tipo impositivo dentro de los marcos que establece la Ley, se procura incentivar o desestimular determinadas actividades o gravar a las personas que mayor capacidad económica manifiesten. Se puede citar en este orden de idea, la posibilidad de aumentar, en el Impuesto sobre Utilidades, su tipo impositivo hasta el 50% cuando concurra la explotación de recursos naturales renovables o no renovables; y de manera similar en el Impuesto sobre los Ingresos Personales, el aumento del tipo impositivo a un 8% cuando, en un mismo año fiscal, una persona obtenga ingresos por la venta de más de una vivienda o más de un vehículo, a partir de la segunda transacción.

Asimismo, el estímulo al desarrollo local se expresa en la aplicación de un tributo territorial –Contribución Territorial para el Desarrollo Local– definido centralmente, que pagarán las empresas, las sociedades mercantiles y las cooperativas a los Consejos de la Administración Municipales donde operen sus establecimientos. También, diferentes Artículos de la Ley estimulan y promueven la disciplina tributaria y el fomento de una necesaria cultura en el cumplimiento de las obligaciones tributarias –y en especial de su pago–, mediante el otorgamiento de bonificaciones a los contribuyentes que efectúen sus pagos en plazos tempranos.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> En este orden, valga reseñar las bonificaciones en la cuantía a pagar según Declaración Jurada por los impuestos sobre los Ingresos Personales, sobre la Propiedad o

Otra cuestión a considerar en el análisis que se desarrolla, lo constituye la implementación de forma gradual y flexible del sistema tributario, previéndose así un cronograma para su sustitución y atemperación al nuevo orden aprobado y al actual escenario político, económico y social, en función ello de las medidas de corte económico que se adopten y del contexto social y económico que haga posible la efectiva exigibilidad de ciertos tributos.<sup>24</sup>

En esta línea, las leyes anuales de Presupuesto para los años 2013,<sup>25</sup> 2014,<sup>26</sup> 2015<sup>27</sup> y 2016,<sup>28</sup> en correspondencia con las previsiones de la Ley no. 113 y con las propias precisiones y adecuaciones que ellas recogen, establecen, respectivamente, los tributos que para dichos años se aplican.

Así, puede afirmarse que el sistema tributario que la Ley no. 113 establece pretende responder, en términos generales, a principios de finalidad y a principios de organización.<sup>29</sup>

Posesión de Viviendas y Solares Yermos, sobre la Propiedad o Posesión de Tierras Agrícolas y sobre el Transporte Terrestre, a los contribuyentes que los paguen antes del 28 de febrero y, de manera similar, la bonificación de la cuantía a pagar por concepto de la Tasa por Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial, cuando se pague de forma anticipada la totalidad de las obligaciones del ejercicio fiscal, dentro del primer mes por el que está obligado en ese período.

---

<sup>24</sup> Sirva de ejemplo lo dispuesto en la DISPOSICIÓN ESPECIAL SEXTA de la Ley tributaria objeto de estudio a cuyo tenor: El Impuesto sobre los Ingresos Personales sobre el salario y demás remuneraciones que califiquen como tal, según lo dispuesto en las normas especiales y el Impuesto sobre la Propiedad de Viviendas y Solares Yermos a personas naturales cubanas y extranjeras con residencia permanente en el territorio nacional, se exigirán cuando las condiciones económicas y sociales aconsejen su aplicación, lo que se aprobará por la Ley del Presupuesto del año que corresponda.

<sup>25</sup> Artículo 46 de la Ley no. 114, Del Presupuesto del Estado para el año 2013, de 13 de diciembre de 2012. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 56, de 28 diciembre de 2012.

<sup>26</sup> Artículo 52 de la Ley no.117, Del Presupuesto del Estado para el año 2014, de 20 de diciembre de 2013. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 5, de 20 de enero de 2014.

<sup>27</sup> Artículo 64 de la Ley no. 119, Del Presupuesto del Estado para el año 2015, de 19 de diciembre de 2014. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición extraordinaria no. 1, de 9 de enero de 2015.

<sup>28</sup> Artículo 71 de la Ley no. 120, Del Presupuesto del Estado para el año 2016.

<sup>29</sup> Los principios de finalidad pretenden que el conjunto de tributos cumpla con las finalidades éticas y económicas consideradas habitualmente como orientadores de la actuación de la Hacienda Pública. Así, desde un punto de vista ético o de justicia, un sistema tributario pretendería una distribución equitativa de los costes del sector público y sus figuras integrantes buscar la generalidad respecto a la tributación de las personas y magnitudes incididas y la igualdad, en el sentido de trato fiscal igual a los que son iguales en sus circunstancias personales y magnitudes impositivas. Desde un punto de vista económico, los tributos pretenderían la eficiencia y la

Para finalizar, es preciso referir que en todo este proceso se le concede relevancia capital a la Ley del Presupuesto del Estado. Si bien pronunciamientos de naturaleza tributaria en la Ley del Presupuesto del Estado ya existían,<sup>30</sup> la Ley tributaria que se examina refuerza el papel de esta como fuente formal del ordenamiento jurídico tributario<sup>31</sup> a manera de vehículo de reformas y puntualizaciones al régimen general fiscal establecido.

En esta línea, se expresa en la DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA de la Ley no. 113 de 2012 que: Los tipos impositivos, las bases imponibles y los sujetos de los tributos que se establecen en la presente Ley, solo pueden ser modificados por la Ley Anual del Presupuesto del año que corresponda, de lo cual se derivan como consecuencias fundamentales que ciertos elementos esenciales del tributo pueden sufrir variación con respecto a la regulación original y que solo se podrán realizar tales modificaciones a través de la ley presupuestaria, cuestión última de gran significación desde el punto de vista del respeto al principio de jerarquía normativa.<sup>32</sup>

neutralidad, que se consigue cuando no se afecta negativamente a las decisiones de los individuos y empresas respecto al trabajo, al ahorro, a la materialización de ese ahorro o a la asunción de riesgos. Al tiempo, el sistema tributario debe garantizar que el sector público coadyuve a la estabilidad económica, para lo que sus figuras y sus recaudaciones deben poseer la adecuada flexibilidad o elasticidad para ajustarse a las fluctuaciones de las magnitudes económicas.

Por su parte, los principios de organización pretenden que la estructura tributaria obtenga, respectivamente, la suficiencia, que exige recaudar lo necesario para cubrir las necesidades de financiación del gasto del sector público, y guardar un orden racional entre sus distintas figuras que facilite el cumplimiento tributario. En ese orden racional exigible a los impuestos, suelen destacarse la sistematización de las figuras para evitar encubrimientos y contradicciones entre ellas, la simplicidad en los planteamientos de cada impuesto y del sistema tributario en su conjunto, la continuidad en las normas regulatorias y el coste mínimo en su recaudación y en su cumplimiento.

---

<sup>30</sup> Establecía el Artículo 54 de la Ley no. 73 de 1994, que: Los tipos impositivos de esta contribución serán los que anualmente se determinen en la Ley del Presupuesto del Estado, a cuyo tenor, desde la entrada en vigor de esa Ley el tipo impositivo de la Contribución a la Seguridad Social se fijaba anualmente en la Ley del Presupuesto del Estado; así como también aquel de la Contribución Especial de los trabajadores beneficiarios de la Seguridad Social en determinados sectores y actividades.

<sup>31</sup> De acuerdo con el Artículo 6 de la Ley no. 113 de 2012: Los tributos, cualquiera sea su naturaleza y carácter se rigen por: b) otras leyes que establezcan tributos específicos o los complementen, incluyendo la Ley del Presupuesto.

<sup>32</sup> Aunque, «no por el rango formal de la norma, sino por la jerarquía del órgano del aparato estatal que ha sido facultado para dictarla o que la ha dictado y por el grado de participación popular en el órgano». Ver Martha PRIETO VALDÉS: «Particularidades del Estado y el Derecho en Cuba», en Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ (Coord.): *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 83.

La utilización de la Ley presupuestaria como fuente de normas tributarias no es algo extraño en el panorama internacional pues, al ser esta contentiva de una previsión de ingresos públicos y una autorización de gastos públicos para un período de tiempo determinado, los ordenamientos jurídicos la habilitan para introducir ciertas modificaciones en el orbe regulador de los tributos, sobre la base de las distintas situaciones de índole económica-social que pueden darse de un año a otro. Sin embargo, su uso desmedido puede quebrantar la coherencia del ordenamiento jurídico tributario<sup>33</sup> y la seguridad jurídica de los obligados al pago de los tributos<sup>34</sup> y complejizar un cálculo correcto en el tiempo de las consecuencias fiscales de cada medida adoptada.

Así las cosas, velar por la coherencia, la sistematicidad del ordenamiento jurídico tributario cubano y la seguridad jurídica de los sujetos pasivos de la obligación tributaria, será uno de los mayores retos – al menos desde una perspectiva técnico-jurídica formal – que tendrán los ejecutores de la materia tributaria. No podemos olvidar, citando a SÁINZ DE BUJANDA que: «Lo útil en materia financiera no es que la Administración actúe de prisa, sino que actúe bien; no es cumplir su programa sino que este sea justo».<sup>35</sup>

<sup>33</sup> En palabras de FERREIRO LAPATZA: «la certeza del sistema tributario depende, desde luego, de su coherencia interna y externa, es decir, de sus piezas entre sí y del conjunto con los fines, en general, políticos y, en particular, económicos que con él se pretenden conseguir. Pero depende, también fundamentalmente, de la claridad y coherencia de las normas jurídicas que lo regulan». Ver José Juan FERREIRO LAPATZA: *Curso de Derecho Financiero español*, 19na. edición modificada y puesta al día, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 64.

<sup>34</sup> Expresa CALVO ORTEGA que este principio: «gira en torno a la idea de certeza en relación con los efectos jurídicos de un determinado hecho realizado por un sujeto de derecho. Es lo que se ha definido sintéticamente como “saber a qué atenerse” en las relaciones jurídicas y, principalmente, en el Derecho Público. La importancia de este principio en el ordenamiento tributario obedece a varias razones. En primer lugar, el tributo es una obligación legal de manera que la producción y regulación de sus efectos es normalmente ajena a la voluntad de los sujetos pasivos [...]. En segundo término, la producción de normas tributarias es amplia e intensa y sus mutaciones frecuentes consecuencia obligada (en muchos casos) de la variación de las situaciones económicas y de las políticas de esta naturaleza a las que la tributación debe ajustarse. [...] Finalmente, la actividad administrativa es por definición uniforme y tiende a serlo cada vez más como consecuencia de la masificación de las relaciones tributarias, lo que coloca en una situación desproporcionada a los sujetos con menor capacidad de aprehensión de obligaciones y deberes». Ver Rafael CALVO ORTEGA: *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario (Parte General)*, 3ra. edición, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pp. 97 y 98.

<sup>35</sup> Fernando SÁINZ DE BUJANDA: «Estado de Derecho y Hacienda Pública», en *Revista de Administración Pública*, no. 6, septiembre/diciembre, 1951, p. 203.

### **Breves consideraciones finales**

Constituye la Ley no. 113, de 23 de julio de 2012, una respuesta coherente y comprometida con la necesidad de financiar el creciente gasto público y perfeccionar el sistema tributario que estableciese su antecesora, y aunque nacida al amparo de la actualización del modelo económico cubano, no sería correcto olvidar la reforma tributaria de 1994 que le precedió por cuanto los esquemas y pautas concretas que ha seguido la actual tarea reformadora estaban definidos en aquella.

El sistema tributario, como instrumento de la política fiscal, es un elemento fundamental para influir sobre las actividades económicas desarrolladas por la sociedad en correspondencia con lo cual, en el entorno cubano, el sistema tributario establecido en virtud de la Ley no. 113 de 2012 está llamado a garantizar ingresos públicos con los cuales respaldar las decisiones de gastos públicos, ser una vía de redistribución de la renta, contribuir al desarrollo económico del país y a promover la cultura tributaria y la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones tributarias. El tributo, como herramienta para el desarrollo económico del país e incentivo y estímulo de su economía, es una nota que distingue al nuevo ordenamiento jurídico tributario.

## Los elementos determinantes de la sujeción al poder tributario en los impuestos sobre la renta

Carlos A. PÉREZ INCLÁN\*

### Introducción

Dentro de la actividad desarrollada por el Estado para el cumplimiento de sus fines, tiene una especial relevancia aquella encaminada a la obtención de los recursos financieros indispensables con los que enfrentar los gastos que tales fines exigen y para cuya consecución, como cualquier agente productivo, dispone de distintas alternativas.<sup>1</sup>

Así, el Estado dispondrá de los recursos que genere su propia actividad económica, a cuyo efecto de diferentes servicios que realiza resultan ingresos que cubren, total o parcialmente, sus costos. De igual modo, el Estado es titular de bienes y derechos de naturaleza patrimonial, de los que podrá obtener ingresos a partir de su explotación y de cuyos recursos dispondrá para financiar otras actividades, o podrá recurrir al endeudamiento, que le permitirá también la financiación del gasto público. Finalmente, como máximo representante de la comunidad de intereses, y

\*Doctor en Ciencias Jurídicas y Máster en Derecho Público. Profesor Principal de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio del Comercio Exterior y la Inversión Extranjera (MINCEX).

<sup>1</sup> Para la consecución de sus objetivos el Estado precisa de recursos financieros en cuantía suficiente para financiar las necesidades públicas. Señala GIANNINI: «El Estado, al igual que los demás entes públicos, no podría dar cumplimiento a sus fines, haciendo frente a las múltiples exigencias que con arreglo a su propia ordenación está llamado a satisfacer, si no dispusiera de una masa adecuada de medios económicos». A. D. GIANNINI: *Instituciones de Derecho Tributario* (7ma. edición italiana, 1956), traducción y estudio preliminar por Fernando SÁINZ DE BUJANDA, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, p. 3, y CORRAL GUERRERO: «El fin del Estado es promover el bien común y a este designio debe de estar sometida toda actividad. Por lo que el Estado, como gestor del bien común, precisa de medios para su financiación, los cuales son provistos por los ciudadanos, contribuyendo cada uno al bien común, según su propia capacidad y las necesidades ajenas». Luis CORRAL GUERRERO: «Derecho Financiero y Derecho Natural», en V.V.A.A., *Estudios de Derecho y Hacienda (Homenaje a César Albiñana García Quintana)*, Prólogo de Fernando SÁINZ DE BUJANDA, s.n. ed., vol. I, Ministerio de Economía y Hacienda, 1987, p. 430.

con la legitimidad que le confiere ser el instrumento de la voluntad popular, el Estado cuenta con poder para exigir de los ciudadanos su participación en la financiación de los gastos públicos a través de tributos; constituyendo precisamente la potestad para cobrarles una de las características básicas del Estado contemporáneo.

En esta línea, en tanto constituye la principal fuente de ingresos en el mundo moderno, el tributo ha ganado un lugar preponderante en la financiación de las actividades públicas y representa una partida de ingresos básica y parte fundamental del Producto Interno Bruto de las naciones; ejecutando los Estados su potestad tributaria<sup>2</sup> mediante la emisión de normas jurídicas en las que establecen los tributos y los elementos básicos de su estructura y regulan su régimen de exacción.

Así, todas las legislaciones determinan el ámbito de aplicación de su respectiva soberanía fiscal, es decir, sobre quiénes recaerá la obligación de tributar, acudiendo para ello a un conjunto de conceptos que permiten configurar la tributación de toda persona, natural o jurídica, que pueda quedar afectada por aquel ámbito de aplicación. Adicionalmente, también constituye un problema la extensión del ámbito de aplicación de la norma, de tal forma que pueda regular conductas o someter a gravamen hechos imponibles que se pongan de manifiesto en otros territorios, pero que por la propia configuración del presupuesto fáctico queden enmarcados en el área definida del tributo; lo cual sucede con los impuestos sobre la renta y el patrimonio, donde se acepta una expansión del hecho imponible consistente en gravar la manifestación de riqueza

<sup>2</sup> La potestad tributaria se plasma en la creación y regulación de un tributo a través de una ley, y en cuanto dicha potestad es una manifestación del poder político, se producen variados tipos de normas jurídicas tributarias: 1) normas reguladoras de la titularidad y ejercicio del poder tributario con rango constitucional, pertenecientes al campo del Derecho Político, cuyo contenido es la definición de los principios superiores del Derecho Tributario y de los límites a los que en el ejercicio de su poder creador de exenciones debe ajustarse el Poder Legislativo; 2) normas pertenecientes a la Teoría General del Derecho y de perfecta aplicación al campo tributario, que constituyen preceptos indispensables para una correcta aplicación de las leyes tributarias, tratándose de las normas referentes a la interpretación, ámbito de aplicación, irretroactividad, prescripción, etcétera; 3) leyes que pudieran denominarse de Derecho Tributario material, que no regulan el ejercicio del poder impositivo sino que constituyen su fruto o resultado y que, en tanto crean el impuesto, deben contener la regulación y definición de todos los elementos estructurales del mismo; y 4) leyes que pudieran denominarse Derecho Tributario formal, que regulan el ejercicio de la potestad de imposición. Ver José Luis PÉREZ DE AYALA, y Miguel PÉREZ DE AYALA BECERRIL: *Fundamentos de Derecho Tributario*, 5ta. edición, EDERSA, Madrid, 2002, pp. 33 y 34.

que pueda producirse fuera del territorio nacional siempre que se cumplan determinadas condiciones de titularidad de la misma por parte de un residente fiscal.

En este orden, la Ley no. 113/23.07.2012 «Del Sistema Tributario»,<sup>3</sup> contentiva de los tributos, principios, normas y procedimientos generales sobre los cuales se sustenta el sistema tributario de la República de Cuba, establece que:

ARTÍCULO 7.-Son sujetos del sistema tributario y quedan obligados a tributar, las personas naturales y jurídicas, cubanas y extranjeras, de conformidad con lo dispuesto para cada tributo en la presente Ley.

ARTÍCULO 8.- Se consideran ingresos obtenidos en el territorio nacional, todos los generados por hechos de naturaleza jurídica o económica desarrollados en la República de Cuba, cualquiera sea la nacionalidad, domicilio o residencia de las personas que intervengan en tales operaciones y el lugar de celebración de aquellos, así como los provenientes de bienes situados o derechos utilizados económicamente en el territorio nacional.

En particular, respecto a los impuestos sobre los Ingresos Personales y Utilidades, que gravan, respectivamente a las personas naturales y jurídicas, prevé que:

ARTÍCULO 19.- Son sujetos de este Impuesto las personas naturales cubanas y extranjeras con residencia permanente en el territorio nacional, por los ingresos obtenidos cualquiera que sea el país de origen de estos ingresos.

Además, son sujetos de este Impuesto las personas naturales cubanas y extranjeras que no tengan residencia permanente en la República de Cuba, por los ingresos que obtengan o generen en el territorio nacional.

ARTÍCULO 70.- Las personas jurídicas cubanas y extranjeras, están obligadas al pago del Impuesto sobre Utilidades en los siguientes casos:

- a) las personas jurídicas cubanas por todos sus ingresos, cualquiera que sea el país de origen de estos; y
- b) las personas jurídicas extranjeras por los ingresos obtenidos en el territorio de la República de Cuba, cuenten o no en este con un establecimiento permanente.

<sup>3</sup> *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición ordinaria no. 53, de 21 de noviembre de 2012. En vigor desde el 1ro. de enero de 2013, según prevé la DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA de la Ley en cuestión.



Los criterios de sujeción al poder tributario en los impuestos sobre la renta: la personalidad y la territorialidad

La determinación del ámbito espacial de aplicación de la norma tributaria es de interés en el actual entorno económico, donde las tradicionales fronteras han cedido ante una intensa intercomunicación entre los agentes económicos de los distintos Estados; razón por lo cual los problemas que originan la imposición a las sociedades multinacionales con establecimientos permanentes en distintos Estados, la doble imposición y, en general, el movimiento internacional de capitales, obligan a los Estados a brindar una especial atención a la aplicación espacial de sus normas.

Es obvio que en tanto la Ley es producto, en última instancia, del poder legislativo del Estado, ha de alcanzar su eficacia en el territorio donde aquel ejerce su soberanía. No obstante, en la realidad nos encontramos con que dentro del territorio nacional pueden aplicarse leyes de otros Estados y, a su vez, que leyes de un Estado se apliquen más allá de sus fronteras, e incluso, a partir de la existencia en distintos Estados de leyes regionales, aparece con características similares el llamado Derecho interregional.

Así, el estudio de la aplicación de la ley en el espacio debe abarcar tanto la noción de eficacia como la extensión de esta.<sup>4</sup> En cuanto a la eficacia, esta situación se fundamenta en determinar el territorio<sup>5</sup> en el cual tendrá vigencia la normativa, mientras

<sup>4</sup> De acuerdo con DIEZ DE VELASCO, es de recordar que la nota de soberanía que caracteriza al Estado es la que fundamenta y explica el conjunto de competencias que, independientemente de cualquier otro poder o autoridad, le corresponden para el ejercicio de sus funciones; competencias estas que, tomando como base los propios elementos constitutivos del Estado van a ser, fundamentalmente, de carácter territorial y personal. Las competencias territoriales se refieren a la reglamentación de las actividades que se desarrollan dentro del ámbito del territorio estatal; mientras que las competencias personales inciden sobre las personas que habitan en su territorio (nacionales y extranjeros), y por extensión sobre las personas naturales y ciertos objetos (buques, aeronaves) que poseen su nacionalidad, pudiendo también el Estado ejercer ciertas competencias sobre sus nacionales cuando se encuentren en el territorio de otro Estado. Vid. Manuel DIEZ DE VELASCO VALLEJO: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 11na. ed., Editorial Tecnos, España, 1997, p. 333.

<sup>5</sup> Siguiendo a FERREIRO LAPATZA, la precisión de los límites de la eficacia de las normas tributarias en el espacio exige, como tareas complementarias, pero diferentes, determinar el espacio físico en que la ley produce efectos, y determinar qué relaciones sociales regula la norma, ya que estas pueden realizarse totalmente en el territorio nacional o puede que solo se hayan realizado en parte dentro de él o en ellas puede intervenir un súbdito de otro Estado. Ver José Juan FERREIRO LAPATZA: *Curso de Derecho Financiero Español*, vol. I «Derecho Financiero» (*Ingresos. Gastos. Presupuestos*), 23ra. ed. modificada y puesta al día, Ed. Marcial Pons, España, 2003, pp. 133 y 134. Normalmente, el ámbito espacial de los impuestos viene determinado por el

que al referirnos a la extensión de la ley, debemos determinar las situaciones fácticas que se incluyen dentro de la regulación en cuestión.<sup>6</sup>

Para poder llevar a cabo este último proceso de subsunción, los criterios básicos que cuentan con una aceptación general por la doctrina y la práctica de los Estados, empleados para determinar la sujeción normativa, son:

- El criterio personalista, cuya base radica en la teoría de las nacionalidades, acompañando la ley al individuo aún fuera del territorio de su Estado — *lex patriae* —, es decir, que las leyes de un

territorio nacional; estableciendo el territorio, como concepto jurídico, el límite de la competencia estatal y el área geográfica de su aplicación.

---

<sup>6</sup>En la doctrina es aceptada la distinción entre aplicación espacial de la ley fiscal y la extensión de esta, y que expresa BERLIRI como sigue: «El problema de la eficacia de la ley en el espacio, o sea, de la determinación del espacio sobre el que la ley produce efectos en cuanto tal, no debe confundirse — como no es raro que suceda —, con el problema de la extensión de la ley, es decir, de la determinación de los hechos que la ley de un Estado puede regular cuando los mismos se realicen total o parcialmente fuera de su territorio o por obra de súbditos de otro Estado[...]». Ver A. BERLIRI: *Principios de Derecho Tributario*, vol. I, traducción española con notas de Derecho Español de Francisco Vicente Arche; Editorial de Derecho Financiero, Madrid, p. 151. cit. pos, entre otros, Matías CORTES: *Ordenamiento Tributario Español (I)*, 4ta. edición, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 111; Ángel AGUILAR BAENA: *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, s.n.ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 1994, p. 33, y Carlos Manuel LÓPEZ ESPADAFOR: *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, Prólogo de Adriano Di Prieto, s.n.ed., Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1985, p. 67. El primero consiste en determinar el espacio en el que la ley produce efectos, es decir, establecer el ámbito de soberanía, la dimensión territorial en la que tendrá vigencia el ordenamiento jurídico, y el segundo, relativo a la extensión, se refiere a las situaciones fácticas que se incluyen dentro de la regulación legal en cuestión, es decir, a los hechos que la ley de un Estado puede regular en el caso de que se realicen, total o parcialmente, fuera de su territorio o por ciudadanos de otros Estados; concurriendo para BERLIRI el problema en el primer caso de naturaleza exclusivamente jurídica, mientras que el segundo es más político que jurídico y se refiere más propiamente al ejercicio del poder tributario del Estado, teóricamente ilimitado. Ver A. BERLIRI: *Corso istituzionale di Diritto Tributario*, vol. 1, Milán, 1985, p. 29, cit. pos. Miguel Ángel COLLADO YURRITA: *Los no residentes sin establecimiento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, s.n.ed., Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, España, 1995, p.14.

En esta línea, la norma tributaria, que en lo concerniente a su eficacia no puede trascender del territorio soberano del Estado, en lo referido a su extensión, puede aplicarse más allá de este, es decir, puede no ser territorial. «[...]La primera — señala ECHEVERRÍA-TORRES TOVAR — afecta al territorio sobre el que la Ley produce efectos y la segunda a la determinación de los hechos que la Ley de un Estado puede regular cuando los mismos se realicen total o parcialmente fuera de su territorio o por obra de los súbditos de otro Estado. El primero es un problema puramente jurídico, mientras que el de la extensión de la norma tiene un claro perfil político[...]». Luis

Estado se aplican a los ciudadanos de ese Estado, dondequiera que se encuentren.<sup>7</sup> Su argumento básico radica en que las leyes se dictan no en razón al territorio sino a la persona, teniendo en cuenta, además, que las relaciones privadas no afectan a la soberanía del Estado; y

- el criterio real o territorialista, a cuyo tenor las leyes de un Estado se aplican a todos aquellos hechos acaecidos en su territorio, o a todos aquellos sujetos, nacionales o extranjeros, que se encuentren en él; argumentándose básicamente en que el Estado es omnipotente dentro de sus fronteras e impotente más allá de las mismas.

ECHEVERRIA-TORRES TOVAR: «El artículo 21 de la Ley General Tributaria», *XX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, ob. cit., p. 569.

De la norma jurídica surgen tres relaciones de sumisión: en primer lugar, las autoridades del Estado que las promulga se obligan a su aplicación y cumplimiento; en segundo lugar, todos los súbditos, incluidos los no afectados por ella directamente, han de respetar los derechos y obligaciones emanadas de tales disposiciones y, finalmente, aquellos que intervienen en las relaciones reguladas por la norma de que se trate, ajustarán su conducta a lo dispuesto en ella. La territorialidad de las normas tributarias se refiere a las dos primeras relaciones de sumisión pues no están destinadas a producir efectos fuera del territorio nacional toda vez que, más allá de los límites de su soberanía, el Estado no puede imponer por sí mismo su cumplimiento sin perjuicio de que pueden tener eficacia en el extranjero en virtud de la colaboración de otros Estados o cuando la legislación de uno de ellos admita la regulación de determinadas relaciones por las normas del otro, es decir, que su dilucidación depende de la cooperación y las relaciones internacionales; existiendo en materia tributaria la colaboración internacional para asegurar el cumplimiento en el extranjero de una ley nacional entre los países que tienen firmados Convenios para el auxilio en la liquidación y recaudación de los impuestos. Ver Félix DE LUIS MONASTERIO: «La aplicación en el espacio de las normas tributarias (Revisión de los artículos 21 y 22 de la LGT)», revista *Crónica Tributaria* no. 50, 1984, p. 96. La extensión de las normas tributarias, es decir, la determinación de los hechos que la ley de un Estado puede regular, constituye la tercera de las relaciones de sumisión antes aludidas. «La territorialidad — como señala DE LUIS MONASTERIO — es predicado lógico de la eficacia de las normas, pero no lo es necesariamente de su extensión. Las normas tributarias pueden regular hechos que suceden en el extranjero, en cuanto estén vinculados a personas sometidas a la jurisdicción fiscal del Estado, e igualmente pueden imponer deberes a súbditos de otros países aunque no residan en el Estado, siempre que sean titulares de rentas o bienes gravados en él». Félix DE LUIS MONASTERIO, *Ibid.*

---

<sup>7</sup> Las leyes de un Estado pueden tomar como presupuesto de hecho para su aplicación hechos acaecidos en un territorio extranjero en base a un vínculo subjetivo con el territorio del Estado que los toma en consideración. Ver M. ALBADALEJO: *Curso de Derecho Civil español I*, 4ta. edición, Librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 120 y 121) cit. pos. Carlos Manuel LOPEZ ESPADAFOR: «Fiscalidad», ob. cit., p. 4.

Consecuentemente, la sujeción de una persona, sus actos o sus bienes, a la legislación de un determinado país, ha de basarse en uno de estos dos criterios: la personalidad o la territorialidad, que desde el Derecho Romano han coexistido y pugnado por imponerse en los ordenamientos jurídicos.<sup>8</sup>

Conforme al primero, rige el principio de que la Ley sigue a la persona donde quiera que vaya; rigiendo por tanto, cuando es la cualidad del sujeto quien determina la aplicación de la norma, con independencia del lugar donde se haya producido el hecho o el acto que le afecte, y puede el Estado sujetar a tributación a sus nacionales. El criterio de la territorialidad, por el contrario, significa que es el territorio, o el lugar en que el hecho se produce o en el que la persona resida, quien decide la aplicación de la norma, cualquiera que sea la cualidad del sujeto.

Visto lo antes expuesto, es evidente que la doctrina distingue entre criterios o elementos subjetivos, en contraposición con criterios objetivos, para establecer el ámbito de aplicación de las normas generales tributarias de cada Estado.<sup>9</sup>

Así, los términos o elementos que normalmente consideran las normas tributarias se refieren a la vinculación al Estado de las personas a quienes se les atribuye el deber de contribuir, lo cual justifica la denominación utilizada de «vinculación subjetiva»,

<sup>8</sup> «Son dos los criterios básicos empleados para determinar el ámbito de vigencia de una norma: 1) el de territorialidad, de acuerdo con el cual las leyes españolas se aplican a todos aquellos hechos acaecidos en territorio español, o a todos aquellos sujetos — nacionales o extranjeros —, que se encuentren en España, 2) el de personalidad, según el cual las leyes españolas se aplicarán a los ciudadanos de nacionalidad española dondequiera que se encuentren. Es lo que ocurre con las normas que rigen la capacidad y el estado civil de las personas», V.V.A.A., *Curso de Derecho Privado*, Directores: EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ y F. JAVIER ORDUÑA MORENO, Coordinadores: JESÚS LOBATO DE BLAS, JESÚS R. MERCADER UGUINA y Jorge Luis TOMILLO URBINA, 2da. edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 66 y 67. Así, cuando se menciona la territorialidad se alude al principio según el cual las normas de un Estado solo alcanzan a hechos acaecidos en su territorio, y supone que las leyes se aplican dentro del Estado que las dicta en todos los supuestos en que concurra una situación de hecho; mientras que cuando nos referimos a personalidad, es comprensible que nos referimos al hecho de que la ley de un Estado alcance a situaciones tenidas lugar más allá de sus límites geográficos, es decir, trascendiendo una territorialidad estricta.

<sup>9</sup> En tal sentido, de acuerdo con el principio de personalidad, basado en un vínculo personal de ciudadano o de súbdito o nacional de un Estado, este puede sujetarles a tributación, cualquiera que sea el lugar en donde se realicen los hechos que dan origen a las concretas obligaciones tributarias; mientras que al amparo del principio de territorialidad, sustentaría su aplicación en una relación real del hecho imponible, o de alguno de sus elementos o de quienes lo realizan, con el territorio del Estado.

que normalmente alude a la relación de los sujetos con el Estado en virtud de criterios personales tales como la nacionalidad, el domicilio y la residencia. En contraposición, los criterios de vinculación «objetivos» se refieren a la ocurrencia de hechos imponibles y al análisis concreto de operaciones, transacciones, actos o efectos jurídicos en un territorio determinado, con prescindencia del vínculo o nexo de la persona natural o jurídica con el Estado en cuestión.

En este sentido, la extensión espacial de las normas tributarias se articula en la práctica totalidad de los Estados contemporáneos mediante dos factores de vinculación o criterios de sujeción:<sup>10</sup>

1. Un criterio personal o universal, en virtud del cual una persona es gravada por su riqueza mundial,<sup>11</sup> es decir, que las normas fiscales de un Estado alcanzan a hechos o situaciones acaecidas fuera de su territorio; no dependiendo el gravamen

<sup>10</sup> Entendemos por tales «aquellos que determinan la relación jurídica entre un ente estatal soberano y un sujeto pasivo que da origen al nacimiento de un derecho de imposición; esto es, la relación jurídico-tributaria que nace entre el detentador de la potestad tributaria y el sujeto pasivo de dicha obligación». Ver M. RUTSEL SILVESTRE: *The jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 14 y 15) cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Régimen jurídico de la doble tributación internacional*, s.n.ed., Ed. McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, Colombia, 2000, p. 5. Por ello, para determinar si un Estado es competente para el ejercicio de su potestad tributaria, habremos de establecer un nexo jurídico entre ese Estado y el sujeto obligado; nexo o vinculación este que tradicionalmente se considera jurídicamente existente cuando el sujeto es el destinatario del ejercicio por parte de un Estado de una soberanía, bien de carácter territorial o de naturaleza personal.

<sup>11</sup> Ante la interrogante ¿con qué porción de sus ingresos responderá a su carga tributaria el sujeto pasivo? resulta necesario recurrir a la regla de tasación de la riqueza, sobre la cual se manejan las reglas de la renta mundial y de la fuente de la riqueza. De ello expresa KRUSE «[...] el principio de la territorialidad y el principio de la totalidad, en definitiva casi del mismo significado el principio del origen y el principio del domicilio [...] El principio de la territorialidad (principio del origen) asigna el impuesto al Estado sobre cuyo territorio ha tenido lugar el proceso constitutivo del impuesto, plantea, por tanto, el origen económico del impuesto[...]», Heinrich Wilhelm KRUSE: *Derecho Tributario, Parte General*, 3ra. edición, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1978, p. 116. La regla de la renta mundial grava las rentas generadas en cualquier parte del mundo, siempre que el individuo cumpla con las condiciones exigidas por la norma fiscal para ser sujeto pasivo del impuesto, es decir, que el Estado se encuentra legitimado para gravar la renta obtenida por el sujeto pasivo tanto dentro como fuera de su territorio. Por su parte, la regla de la fuente de la riqueza se basa en el principio de la territorialidad y señala que solo pueden ser gravadas aquellas rentas provenientes de fuentes ubicadas en el territorio del Estado donde el sujeto está obligado a tributar; significando, en esencia, la posibilidad de gravar las rentas derivadas de bienes o derechos situados en el territorio nacional o procedentes de actividades o prestaciones.

de este Estado del lugar de realización del hecho imponible, sino de la localización de la persona comisora, que le dota de significación unitaria, y para cuya ocurrencia el elemento subjetivo del presupuesto fáctico ha de encontrarse en una determinada relación con el Estado que pretende su gravamen mundial.

En tales circunstancias, la noción básica universalmente extendida es la residencia, objeto de numerosas definiciones en todas las cuales subyace una conexión espacial entre sujeto y territorio (permanencia en el país, posesión de una vivienda en el país, intereses económicos o vitales en el mismo, etcétera); pero la residencia no constituye el único posible vínculo entre el Estado de imposición mundial y el sujeto pasivo, existiendo también la nacionalidad, cuya relación con el territorio del Estado es más difusa pero que responde por igual al criterio de personalidad y produce iguales efectos, es decir, la extensión de la norma fiscal a hechos acaecidos fuera del territorio nacional, sin una relación directa con este.

Consecuentemente, el criterio personal demanda de una conexión fuerte o cualificada entre el contribuyente y el Estado, que generalmente se establece a través del territorio, pero ello no es óbice para expresar que si en la definición del criterio personal no se establece un vínculo estrecho, más demostrativo de un interés económico, entre la persona y el Estado, el gravamen será, por vía del criterio de personalidad, extraterritorial (en cuanto al fundamento del impuesto justo, no en calidad de principio de sujeción en el espacio).

2. Un criterio territorial o real o de imposición en la fuente; en virtud del cual, y en defecto de una vinculación personal, un Estado grava la riqueza que tiene su origen en su territorio. En este caso, sí puede afirmarse, sin excepción, que la relación entre la riqueza y el Estado que pretende su gravamen se establece a través del territorio; vínculo este que podrá ser más o menos explícito, desde las rentas efectivamente producidas en el territorio, hasta aquellas solo percibidas en este o las satisfechas por un residente de ese Estado, y la imposición será tanto más territorial cuando más fehaciente sea esta relación entre el objeto material del tributo y el ámbito geográfico del Estado, pudiendo devenir extraterritorial si dicha conexión no es lo suficientemente sólida como para justificar el *ius impositionis*.

Así las cosas, con arreglo al criterio personal de sujeción,<sup>12</sup> es una cualidad de la persona el elemento determinante de la extensión del gravamen, mientras que conforme al criterio territorial, sin embargo, es la riqueza en sí misma considerada, el elemento tomado en consideración por el Estado de la fuente.<sup>13</sup> En este sentido, la territorialidad es el criterio que conduce a legitimar la imposición por aquel Estado en cuyo territorio el hecho imponible presenta una conexión económica objetiva (*source principle*), en contraposición con el concurrente criterio de la renta mundial de la imposición sobre las rentas universales (*world wide principle*).

<sup>12</sup> Debe destacarse que aunque esta denominación, es decir, personal y real, es la más extendida, no es del todo uniforme, hablándose también de criterios subjetivos (nacionalidad, domicilio o residencia), a los que se ajustan los países industrializados para ampliar el alcance de su potestad fiscal, y el criterio objetivo o de la fuente territorial, que sostienen los países en vías de desarrollo.

<sup>13</sup> «Rige el primero de estos principios — expresa Concha PÉREZ DE AYALA — cuando es la condición o cualidad del sujeto la que decide la aplicación de la norma. Según él, el Estado puede sujetar a tributación a sus nacionales, cualquiera que sea el lugar en que residan, y cualquiera que sea el lugar donde se realicen los hechos que dan origen a las concretas obligaciones tributarias». Concha PÉREZ DE AYALA PELAYO: *Temas de Derecho Financiero*, s.n.ed., Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 133. Sin embargo, para dicha autora este principio es esencialmente teórico porque, a su juicio, los tributos se aplican generalmente en función del principio de la territorialidad, que supone que los tributos se exigen, o por una conexión del hecho imponible con el territorio del Estado, o por una conexión de la persona con el territorio del Estado, en cuyo segundo caso el principio de territorialidad se concreta en la noción de residencia. Ver Concha PÉREZ DE AYALA PELAYO: *Ibidem* pp. 133 y 134. Sobre ello, para BAENA AGUILAR «La extensión espacial de las normas tributarias, cuyo fundamento es la territorialidad, se articula, en la práctica totalidad de los Estados contemporáneos, mediante dos criterios de sujeción: a) Un principio personal (o, si se prefiere, universal, como lo denominan BUHLER y VANONI), en virtud del cual una persona es gravada por su riqueza mundial; es decir, las normas fiscales de un Estado alcanzan a hechos o situaciones producidas fuera de su territorio. El gravamen de este Estado no depende del lugar de realización del hecho imponible, sino de la localización de la persona que lo realiza, que dota a este de significación unitaria. Para que esto ocurra, el elemento subjetivo del presupuesto fáctico debe encontrarse en una determinada relación con el Estado que pretende su gravamen mundial. Esta relación entre sujeto y Estado impositor se produce, normalmente, en función del territorio [...] b) Un principio territorial (o, si se prefiere, real o de imposición en la fuente) en virtud del cual y en defecto de una conexión personal, un Estado grava la riqueza que tiene su origen en su territorio [...]». Ángel BAENA AGUILAR: *La obligación...* ob. cit., pp. 57 y ss. Con fundamento en los mencionados criterios de sujeción, evidentemente, la imposición directa refleja dos situaciones distintas en razón de la determinación de residencia de un sujeto en un territorio específico: la obligación real y la personal de contribuir, de tal forma que si una persona es considerada como residente — o nacional — con base en la legislación de un determinado tributo, su obligación de contribuir será de naturaleza personal gravando su renta mundial producida con

En general, la práctica fiscal de los Estados se basa en una aplicación combinada de ambos criterios:<sup>14</sup> tributación de los nacionales (o residentes) por todas las rentas que posean dentro o fuera de su territorio, es decir, por su renta mundial,<sup>15</sup> y de los

independencia del lugar de generación de la misma y, en contraposición a esta situación, quien no sea considerado como residente —o nacional— también estará sujeto a las obligaciones fiscales resultantes de su capacidad económica dentro de un determinado territorio, pero únicamente en relación con las situaciones allí ocurridas y, por lo tanto, solo se considerará renta gravable a tales efectos la generada dentro del territorio.

---

<sup>14</sup> No obstante, una parte importante de la doctrina latinoamericana ha sostenido, sobre todo en el pasado, una posición contraria a lo antes señalado. Según este sector, el principio territorial puede y debe ser aplicado por los Estados de manera exclusiva y excluyente, sin que valga reconocer la pretensión de soberanía tributaria por parte de países que adoptan criterios de imposición subjetivos (por ejemplo residencia, domicilio, etcétera), esto es, aquellos sistemas que toman en consideración la totalidad de la renta del contribuyente. Esta postura se constata en el Modelo de Convenio del Pacto Andino para la negociación de convenios tributarios con terceros países, contenido en la Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que dispone la posibilidad de gravar la casi totalidad de las rentas exclusivamente en la fuente, no obstante lo cual, esta posibilidad se ha visto debilitada por la práctica contraria a nivel mundial, y los principales países latinoamericanos han adoptado sistemas de renta global o mundial.

<sup>15</sup> El principio de renta mundial, del domicilio o de la residencia, condiciona la potestad tributaria del Estado a la existencia de una vinculación o relación del contribuyente con el Estado; a cuyo tenor, cuando exista una conexión sustancial entre los dos que permita calificar como residente a la persona o a la entidad, la renta del contribuyente residente es sometida en su totalidad a la imposición del Estado. Con arreglo a la conexión personal del ingreso del sujeto con el Estado, en principio, la determinación de la fuente del ingreso resulta irrelevante; razón por lo cual cuando un país dispone del sistema de residencia, todos los ingresos del contribuyente, sea este nacional o extranjero, estarán potencialmente sujetos a imposición. Esta extensión de la jurisdicción tributaria en el ámbito espacial es posible gracias a que los Estados tienen la posibilidad de usar sus medios coercitivos sobre las personas físicamente residentes en sus Estados. Ver A. KNECHTLE: *Basic Problems in International Fiscal Law*, HFL Publishers Ltd., Londres, 1979, p. 35, cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Régimen...*, ob. cit., p. 7.

El principio de renta mundial se apoya en el fundamento de la igualdad de todos los habitantes de un país ante la ley, como consecuencia de lo cual no sería justo discriminar en el tratamiento impositivo entre quienes obtienen la renta dentro del país de aquellos que la obtienen en el exterior; defendiéndose igualmente este criterio bajo el postulado de que los impuestos deben ser de carácter general de forma tal que incluyan todos los tipos de ingresos de la misma manera, y desde el punto de vista de la teoría económica el sistema de renta mundial o global con el llamado principio económico de la neutralidad en la exportación de capitales (*capital export neutrality*). «Es un principio básico común a los países democráticos y económicamente más avanzados que dentro de los linderos de la jurisdicción tributaria nacional, quienes reciban ingresos en igual proporción que otros deban ser tratados de forma



extranjeros (o no residentes), por la renta doméstica;<sup>16</sup> resultando decisión de cada soberanía tributaria determinar el criterio por el que sus figuras impositivas habrán de configurarse. Ello, precisamente, es la causa del nacimiento de la concurrencia de distintas soberanías tributarias pretendiendo gravar una renta originada en un Estado y percibida por un habitante de otro.

uniforme como contribuyentes. De manera que todos aquellos residentes y ciudadanos de un país dado que disfrutan de la protección y de otros privilegios dados por el gobierno de ese país y tengan derecho al voto, deben ser gravados por ese país con tarifas iguales a aquellos que reciban igual renta, sea de la fuente que sea, bien nacional o extranjera». Ver P. B. RICHMAN: *Taxation of foreign investment income and economic analysis*, The John Hopkins, Baltimore, 1963, pp. 11 y 12.) cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Ibidem*, p. 8.

Los economistas utilizan como criterio el término «eficiencia» con respecto a la localización de los factores de producción, especialmente del capital, bajo cuya óptica se señala que un sistema tributario será eficiente en la medida en que no distorsione las decisiones de estos factores para ubicarse en un sitio o en el otro; resultando el criterio predominante que una imposición a la renta mundial asegura una menor distorsión en las decisiones de ubicación del capital en la medida en que a un inversionista se le grave sobre la base de su residencia o domicilio de igual forma si invierte dentro o fuera de su país, y que se logra tomando en cuenta la totalidad de su renta —nacional o extranjera— y otorgándole un crédito por el impuesto pagado en el exterior, limitado hasta la tarifa máxima nacional. Al amparo de tales razonamientos se ha criticado el sistema de renta territorial, alegándose que estimula la fuga de capitales al quebrantar el principio económico de la neutralidad en la exportación de capitales. En otro orden, entre los argumentos a favor del principio de renta mundial se destacan los siguientes: 1) presupone un trato igualitario ante la ley: a igual renta, igual tratamiento tributario; 2) estimula la movilidad de capitales toda vez que su localización no será factor determinante para invertir en un país o en otro; y 3) puede significar un incremento importante de ingresos tributarios para aquellos países cuyos residentes posean inversiones en el exterior. Ver Manuel PIRES: *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer, Deventer, 1989, p. 134) cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Ibidem*, pp. 13 y 14. Finalmente, para justificar, desde un punto de vista de la teoría económica, el sistema de renta mundial, se afirma que el mismo atiende al principio de la neutralidad en la importación de capitales (capital import neutrality), es decir, que independientemente a la procedencia del capital, este estará gravado de igual forma en el territorio donde se originen; en el entendido de la consagración del principio de no discriminación en el tratamiento fiscal de la renta y con arreglo al cual tanto a los nacionales como a los extranjeros se les consagra el mismo régimen tributario para sus inversiones.

---

<sup>16</sup> Al amparo del criterio de la renta territorial o de la fuente se someten a imposición las rentas generadas en el territorio de un Estado o consideradas, de acuerdo con su normativa tributaria, de fuente nacional, independientemente a la nacionalidad, domicilio o residencia de la persona obligada a su pago; apoyándose en el fundamento del derecho de cada Estado productor de una renta de gravar estas. La primera justificación para preferir el sistema territorial es que el derecho a gravar una renta tiene lugar, fundamentalmente, en el lugar donde se origina la riqueza o, lo que es lo mismo, donde esta se genere. Históricamente, resultando los países en

## Los puntos de conexión

El desarrollo creciente de las relaciones internacionales condiciona que, frecuentemente, las personas se encuentren en situaciones de dependencia política, social y económica con varios Estados y, consecuentemente, puedan quedar sometidas a soberanías fiscales distintas en base a los criterios utilizados en el sistema fiscal para definir la sujeción a los impuestos.

desarrollo tradicionales importadores de capital, es lógico concluir que este sistema sea de su preferencia en la medida en que los capitales invertidos por los países industrializados estarían gravados en su totalidad en los países subdesarrollados. En forma esquemática, algunas de las ventajas que supone la adopción de un sistema basado en el criterio de la fuente se describen a continuación, mientras que los argumentos contrarios a su adopción pueden inferirse de la defensa del principio de renta global o mundial expuestos: 1) la adopción de este criterio elimina los innumerables problemas que supone la doble tributación al tomarse solo los elementos de carácter nacional en tanto, cuando los impuestos son predeterminados atendiendo al criterio de territorialidad, no existe una concurrencia de soberanías pues cada Estado se limita a gravar las operaciones que acontecen dentro de sus fronteras. Tampoco existiría conflicto si los impuestos se exigiesen atendiendo a un estricto criterio de residencia efectiva. Por el contrario, cuando se grava a los contribuyentes bajo criterios distintos se generan supuestos de concurrencia de soberanía, pues las obligaciones tributarias resultan gravadas en el Estado donde estos residen bajo el criterio de residencia efectiva y en el Estado de obtención de la renta o de situación del bien objeto de imposición; 2) el Estado de la fuente provee servicios donde la renta es producida. En muchos casos, la contribución a la producción de la renta es más importante en el caso del país de la fuente que en el de la residencia; 3) satisface principios éticos en tanto dispone de soluciones más justas y equitativas al respetar la igualdad entre los países; y 4) evita las dificultades que supone la determinación de la renta neta global del contribuyente (incluyendo elementos extranjeros), dadas las restricciones y limitaciones en la investigación de estos elementos producidos fuera del Estado. Ver Manuel PIRES: *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer, Deventer, 1989, pp. 142 a 144, cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Régimen...*, ob. cit., p. 11. Retomando lo antes expresado en cuanto a que la adopción de este criterio elimina los problemas que supone la doble imposición, y sin ánimo reiterativo, cabe comentar que, tras afirmarse el principio de renta mundial, se hace preciso recurrir a los diversos métodos para evitar la doble imposición internacional que la renta mundial genera en el país de la residencia, donde será preciso reducir esta tributación a través de los métodos que en cada caso procedan para compensar los impuestos previamente pagados en el país de origen. En principio, si el criterio de imposición adoptado fuera el de la fuente, no concurriría doble imposición en tanto la renta sería gravada en aquel país en el que se generase y no se acumularían en el país de residencia los rendimientos obtenidos en otros países; constituyendo la doble imposición el efecto inevitable de la renta mundial. Cosa distinta, y no objeto de este análisis, es la conveniencia de mantener o no el principio de renta mundial; lo cual no es, fundamentalmente, un problema jurídico sino político-económico, de conflicto entre países inversores — que obviamente postulan la renta mundial y las exenciones en los retornos del capital desde el país de la fuente — y los países receptores de capital — que postulan el criterio de la fuente —.

Es un principio comúnmente aceptado en el Derecho internacional que un Estado no puede actuar coactivamente fuera de sus fronteras sin atentar contra la soberanía de otro Estado; pero ello no significa que un Estado, al establecer su sistema fiscal, no pueda considerar los hechos imponibles realizados en el extranjero. En tal sentido los diferentes Estados, en el ejercicio de su potestad tributaria, deben circunscribirse a aquellas riquezas que tengan algún vínculo o conexión con su propio territorio; razón por lo cual, y al amparo de una coherencia y racionalidad en el ordenamiento jurídico, no debe configurarse en la norma jurídica una obligación tributaria que parta de presupuestos de hecho que no tengan una adecuada conexión con el Estado impositor y que por ello hagan prácticamente imposibles hacer efectivas las obligaciones tributarias.

Una obligación tributaria solo resulta exigible si existe una relación de poder entre el Estado y la persona llamada a satisfacerla; sumisión o sujeción esta del sujeto a la soberanía del Estado, y por tanto a su jurisdicción fiscal, que tiene lugar cuando está vinculado con el Estado impositor por medio de especiales relaciones fácticas o legales o de naturaleza personal o económica, y que puede realizarse, como ya hemos visto, de dos formas: una sujeción personal, o sea, aquella referida a la personalidad del sujeto, y una sujeción económica, es decir, a partir de ciertos criterios económicos del sujeto o, dicho en otros términos, cuando la definición del ámbito de imposición se realiza a partir de criterios personales, por relación a la persona perceptora de esa renta o titular de un bien o derecho, y territoriales, al tener en cuenta el origen o fuente de dicha renta o la localización de un bien o derecho. Así, la sujeción de dicha persona, bien o derecho, a un determinado ámbito de imposición, se realiza, en cuanto individualizadores de la extensión del poder legislativo del Estado, a través de las reglas o puntos de conexión.

Consecuentemente, los puntos de conexión de las manifestaciones de riqueza que se someten a imposición son muy diversos, dependiendo de la manifestación de riqueza gravada, del tipo de tributo con que se grava, de los posibles límites jurídicos al tributo existentes en su caso y, finalmente, de las opciones de política socioeconómica del legislador tributario.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Generalmente la mayoría de los puntos de conexión y criterios utilizados por las leyes tributarias describen una conexión con el territorio del Estado impositor, aunque puede encontrarse puntos de conexión de carácter personal. Adicionalmente, las normas tributarias pueden utilizar un único punto de conexión o varios, pudiendo en este segundo caso considerarlos con carácter alternativo, es decir, que solo basta la presencia de uno de ellos para que se deba aplicar el tributo, o con carácter acumulativo, en cuyo caso deben darse varios para que pueda aplicarse el tributo en cuestión.

Actualmente, la comunidad nacional de un Estado no es solo un conglomerado político sino, al mismo tiempo, social y económico; razón por lo cual la delimitación de la soberanía fiscal de un Estado o los límites espaciales y personales de su sistema impositivo puede basarse en los tres tipos de dependencia que una persona puede tener con relación al Estado:

- 1) Dependencia política, fundada en el nexo de la nacionalidad;<sup>18</sup>
- 2) dependencia social, basada en el nexo de la residencia; y
- 3) dependencia económica, resultante de la participación de la persona en la actividad del país en cuestión.

Si la sujeción es personal, los puntos de conexión con respecto a las personas naturales son, principalmente, el domicilio, la residencia, la residencia permanente y la nacionalidad, y con respecto a las personas jurídicas lo serán el lugar de constitución o la sede de dirección efectiva; mientras que en el supuesto de una sujeción económica, es decir, en el caso de que la obligación provenga respecto de ciertos intereses económicos que se sitúan en el territorio del Estado acreedor (por ejemplo, establecimientos permanentes, etcétera) los puntos de conexión son, precisamente, dichos intereses económicos.

<sup>18</sup> Nexo de la nacionalidad o ciudadanía. «La realidad es que el uso ha hecho sinónimos los conceptos de nacionalidad y ciudadanía, aunque, técnicamente, una denota la cualidad de pertenecer a una nación y la otra la de pertenecer a un Estado [...]». Fernando ÁLVAREZ TABÍO: *Comentarios a la Constitución Socialista*, s.n.ed., Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1981, p. 127, y «El uso ha establecido una sinonimia entre las palabras nacionalidad y ciudadanía, pero se apuntan diferencias entre ambos términos. La primera se refiere a la Nación y la segunda al Estado, más lo cierto es que aunque científicamente se puede hablar de esas diferencias, el uso y la legislación han tomado esos términos como sinónimos [...]» Juan VEGA VEGA: *Derecho Constitucional revolucionario en Cuba*, s.n.ed., Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 1988, p. 176. En igual sentido PERAZA CHAPEAU para quien «Es habitual que se utilicen indistintamente los términos ciudadanía y nacionalidad, confundiéndoos [...]» y «Si el vínculo de la ciudadanía es jurídico-político, la nacionalidad es una relación de otra naturaleza. Según RAMÓN TAMAMES, nacionalidad es la pertenencia a la nación, y esta a su vez es un modo de estructurarse la sociedad, como producto de un proceso de coagulación de un pasado histórico y que se expresa en la comunidad de lengua, territorio, vida económica y cultura». José PERAZA CHAPEAU: «La ciudadanía cubana», en V.V.A.A., Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ y Martha PRIETO VALDÉS (Compiladores): *Temas de Derecho Constitucional cubano*, s.n.ed., Editorial Félix Varela, Ciencias Jurídicas, La Habana, 2000, pp. 286 y 287. Ciudadanía y nacionalidad son dos términos con acepciones diferentes. La nacionalidad es el vínculo socio-sicológico del individuo con su grupo nacional y con su nación, el cual, por desarrollarse en ese medio y con esas condiciones, le permite tener idiosincrasia, cultura y valores similares a los de la comunidad donde se desarrolla. No se pierde, no se renuncia y no comporta, en el caso de la legislación cubana, el ejercicio de derechos y deberes y, por lo tanto, tampoco produce efectos jurídicos. La historia constitucional cubana refleja la utilización del término ciudadanía desde las Constituciones de la República de Cuba en Armas. A partir de entonces, y hasta la Reforma Constitucional de 1992, se aprecia una confusión terminológica, no existiendo una regulación diferenciada

Existe una dependencia total de la persona a la soberanía fiscal del Estado cuando en ella concurren las tres clases de dependencias, es decir, nacionalidad — o ciudadanía —, residencia y participación en la actividad económica del país; ejerciendo normalmente los Estados una competencia fiscal integral sobre sus nacionales que en igual sentido son residentes en su territorio y ejercen en él una actividad económica, aunque también habitualmente se prescinde de la nacionalidad o ciudadanía en ocasión de delimitar la soberanía fiscal del Estado y esta se extiende completamente a todos los residentes que participan en la vida económica del país. A contrario sensu, existe una dependencia limitada, es decir, una dependencia económica, cuando la persona no es residente del Estado y se limita a participar en la vida económica del país

En este orden, constituyen principios aceptados en el Derecho internacional tributario:

- a) El poder de un Estado para gravar los hechos imponibles ocurridos en otro Estado desde el momento en que tengan algún tipo de conexión con el primer Estado; situación esta donde el punto de conexión utilizado con carácter más generalizado por los sistemas fiscales modernos es la residencia de la persona gravada, y en algunos países la nacionalidad o ciudadanía; y
- b) el poder de un Estado para gravar los hechos imponibles ocurridos en su territorio aunque la persona que los realice resida en el extranjero, es decir, a tenor de su dependencia económica.

En armonía con esta realidad, la aplicación de las normas en el espacio distingue dos problemas diferentes, la determinación del ámbito espacial o territorial en el que se aplican, es decir, el ámbito de soberanía donde tienen vigor en el entendido de que su aplicación se garantiza por la judicatura y la administración, y la determinación

entre nacionalidad y ciudadanía. El texto de la Constitución de 1901, vigente desde la proclamación de la República de 1902, al referirse a las formas de adquisición de la condición de cubano, utiliza los términos ciudadanía y nacionalidad de forma indiferenciada. En la Constitución que le precedió, promulgada en 1940, bajo el Título «De la Nacionalidad» se regulan los derechos y deberes que comporta la ciudadanía, así como las formas de su adquisición, pérdida y recuperación; así refrendándolo la Ley Fundamental de 1959. Por su parte, la actual Constitución de 1976, no obstante regular la ciudadanía, utilizaba el término nacional en su Artículo 29 inciso ch) como constitutivo de ciudadanía. Esta insuficiencia desaparece del texto constitucional de 1992, a partir de la cual es la ciudadanía la institución que, sin confusión terminológica, define al individuo como portador de derechos y de bienes, en vínculo directo con el Estado.

de los hechos o situaciones objeto de regulación por tales normas, es decir, el supuesto de sujeción que la ley establece para someter un hecho o situación a su poder, el punto de conexión<sup>19</sup> con el ordenamiento.

En tales circunstancias los puntos de conexión, en tanto elementos de la relación jurídico-tributaria a través de los cuales se atribuyen las competencias tributarias, permiten definir el

<sup>19</sup> El ámbito tributario es un escenario ideal para la concurrencia de situaciones donde resulten problemas de determinación del Derecho aplicable desde el momento en que concurren distintas soberanías fiscales entre quienes distribuir las competencias tributarias; exigiendo la propia configuración limitada del poder del Estado, con una actuación restringida a su ámbito territorial, la definición de los hechos imposables, de forma tal que puedan hacerse efectivas las consecuencias jurídicas resultantes de su realización mediante el establecimiento de puntos de conexión entre el hecho o situación objeto de gravamen y el territorio de la imposición o el Estado o ente político llamado a ejecutar la norma tributaria. En cuanto a ello, y siguiendo a JIMENEZ DE ARECHAGA, un Estado no puede ejercer válidamente su jurisdicción legislativa o judicial cuando no existe conexión alguna con la relación jurídica extranjera que se pretende afectar, no resultando autorizado un Estado a ejercer jurisdicción sobre aquellas materias o cosas con las cuales no tiene absolutamente ningún contacto, es decir, que no puede someter a su ley y jurisdicción una relación jurídica extranjera cuando la conexión es tan remota que la aplicación de la legislación nacional conduce a resultados absurdos o injustos. Ver E. JIMENEZ DE ARECHAGA: *El Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 217, cit. pos. Victoriano GONZÁLEZ POVEDA: *Tributación de no residentes*, 2da. edición, Ed. La Ley, Madrid, 1993, p. 5, y cit. pos. Ángel BAENA AGUILAR: *La obligación...*, ob. cit., p. 51, a cuyo objeto, y para realizar la labor de acotación de los hechos imposables, las leyes tributarias establecen unos puntos de conexión que vinculan la materia imponible con el territorio nacional.

Los puntos de conexión «[...] son susceptibles de múltiples clasificaciones. En primer término, cabe distinguir los puntos de conexión fácticos, compuestos de uno o varios elementos de carácter circunstancial o puramente fáctico (lugar de situación de un bien, residencia habitual [...]), de los puntos de conexión jurídicos, que no se refieren a una realidad de hecho, sino a un vínculo o situación de Derecho (domicilio, nacionalidad, lugar de celebración del contrato...). En segundo lugar, en atención a su carácter permanente o variable, se distingue entre puntos de conexión mutables (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, situación de un bien mueble [...]) y puntos de conexión inmutables (lugar de celebración de un acto, lugar de situación de un bien inmueble...). En tercer lugar, se contraponen los puntos de conexión subjetivos, referidos a los sujetos de la relación jurídica (nacionalidad, residencia habitual, domicilio...), a los puntos de conexión objetivos, relativos a circunstancias de la relación jurídica independientes de sus sujetos (lugar de celebración de un acto, lugar de situación de un bien...). En cuarto lugar, próxima a la distinción anterior, se halla la que atiende al carácter personal o territorial de las conexiones. Las primeras conectan el supuesto directamente con la persona, siendo el punto de conexión personal por excelencia la nacionalidad. Las segundas conectan directamente el supuesto con el territorio de un determinado Estado; estas últimas pueden ser tanto conexiones subjetivas (domicilio, residencia habitual), como puramente

ámbito territorial sobre el cual los distintos poderes se proyectan y, en consecuencia, se tornan en criterios delimitadores de competencias, como evidencia MARTÍN QUERALT al señalar: «[...]se erigen en puntos de obligada referencia para legitimar el ejercicio de un determinado poder tributario sobre una concreta relación o hecho social y, en definitiva, legitiman la apropiación de los rendimientos económicos que de ello deriven».<sup>20</sup>

Tres aspectos son importantes para perfilar la definición del punto de conexión en el ámbito tributario.<sup>21</sup>

- Actúan como «elementos localizadores» del hecho imponible, quedando integrados en el aspecto objetivo o subjetivo del mismo

objetivas (lugar de celebración de un acto, de situación de un bien, o de producción de determinados efectos). Por último, por el grado de flexibilidad que introducen en la norma, se habla de puntos de conexión determinados o “cerrados”, caracterizados por la rigidez que imprimen a la reglamentación (nacionalidad, domicilio, etcétera..), y de puntos de conexión indeterminados o “abiertos”, que confieren a la norma cierta flexibilidad (autonomía de la voluntad, vínculo más estrecho, etcétera..). Conviene recordar, en todo caso, que en atención a la acumulación de conexiones en una misma norma, y en especial, a la relación que guardan dichas conexiones entre sí, se distingue entre conexiones alternativas, subsidiarias, cumulativas, acumulativas, etcétera», José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 2da. edición, primera reimpresión, Editorial Civitas, 1995, pp. 453 y ss. A partir de la mención a los puntos de conexión, resultan válidas las reflexiones de ALEGRÍA BORRAS sobre el diferente sentido que el término «punto de conexión» tiene en el Derecho fiscal internacional y en el Derecho conflictual internacional. «En efecto, en Derecho conflictual internacional podría definirse como el elemento técnico de la norma de conflicto que sirve para designar, a través de él, la legislación material, del foro o extranjera, aplicable para resolver la cuestión de fondo. El punto de conexión en Derecho internacional tributario no puede conducirnos más que a aplicar o no la propia legislación, entendiendo que se dan o no los supuestos necesarios para la imposición de una persona, de un bien o de un beneficio». ALEGRÍA BORRAS: *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*, s.n.ed., Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 1974, p. 22.

<sup>20</sup> Juan MARTÍN QUERALT: «La aplicación de las normas tributarias. Ámbito temporal. Ámbito espacial. La doble imposición internacional. El Derecho Tributario interregional», en V.V.A.A. *Compendio de Derecho Financiero y Sistema Fiscal español*, s.n.ed., t. I, Escuela de Hacienda Pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 1990, p. 38. Para CALVO ORTEGA, en tanto el poder tributario es abstracto, «[...] demanda criterios de sujeción para poder ser aplicado a situaciones y, en consecuencia, a sujetos concretos. Son necesarios hechos determinados que habiliten a las Administraciones Públicas encargadas de la aplicación de los tributos y obliguen a los sujetos pasivos [...]». Rafael CALVO ORTEGA: *Derecho Tributario I. (Parte General)*, 6ta. edición, Ed. Civitas, España, 2002, p. 129.

<sup>21</sup> Ver María RODRIGUEZ-BEREJO LEÓN y Elisa ZABIA DE LA MATA: «Los puntos de conexión en el nuevo modelo de financiación autonómica», revista *Crónica Tributaria* no. 82-83, 1997, p. 238.

según sea un tributo real o personal. Por esta razón, el punto de conexión debe tender siempre a representar la «vinculación más estrecha» entre la competencia cuya atribución se discuta y el ámbito de vigencia del orden jurídico que pretenda ostentarla; de modo tal que la existencia de esta vinculación legitime la asignación de la competencia tributaria y su ejercicio por dicho territorio, y permita que el Estado que exaccione un tributo sea aquel al que más se aproxime territorialmente la manifestación de riqueza gravada y los obligados tributarios.<sup>22</sup>

- Realizan una atribución de competencias tributarias al Estado o, en su caso, a sus subdivisiones políticas o administraciones locales; atribución esta que puede referirse a la competencia normativa para establecer o regular tributos, a la competencia para gestionarlos y, finalmente, a la competencia para disfrutar o disponer de los rendimientos que produzcan, y englobar las tres potestades o únicamente una o dos de ellas.
- El reparto de competencias operado a través de ellos responde al interés que debe prevalecer, que en unos casos puede corresponder a la Administración Central del Estado y en otros a sus subdivisiones políticas o administraciones locales.

Así, pudiera señalarse que los puntos de conexión actúan en el ámbito tributario como elementos localizadores para señalar el poder tributario que ha de ostentar la competencia tributaria que en su caso se discuta; definiéndoseles en consecuencia como el elemento de la relación jurídico-tributaria a través de los cuales se atribuyen las competencias tributarias.

La definición de los puntos de conexión en las normas tributarias se realiza tomando como base, fundamentalmente, los criterios de personalidad y de territorialidad. Con respecto al primero, como hemos visto anteriormente, se reconoce el derecho de los Estados

<sup>22</sup> En la doctrina internacional privatista existen dos corrientes metodológicas, no contrapuestas, útiles para ello, basadas en el principio de mayor proximidad y en el análisis de los intereses de los gobiernos (*governmental interest analysis*): 1) el principio de mayor proximidad implica que la regulación de la relación jurídica ha de atribuirse al ordenamiento con el que presente la relación en cuestión vínculos más estrechos; teniendo los puntos de conexión, en consecuencia, una función localizadora e indicando la entidad política territorial en la que la relación jurídica se desarrolla; y 2) el análisis de los intereses gubernamentales parte del hecho de que los Estados pretenden que las relaciones jurídicas que produzcan efectos en su territorio caigan bajo su esfera de competencia. Ver Susana БОКОВО МОИЧЕ: *Los puntos de conexión en los tributos autonómicos*, s.n.ed., Ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 31 y ss.



a gravar la riqueza mundial de las personas que tengan lazos con su territorio, independientemente de donde esta se obtenga, y que han estado tradicionalmente representados por la nacionalidad – o ciudadanía – y la condición política; mientras que en virtud del segundo, criterio de territorialidad, un Estado puede gravar la riqueza que se ha originado dentro del territorio al que alcanza su jurisdicción fiscal por los bienes que poseen o por las actividades que realizan los «no residentes».<sup>23</sup> Uno y otro raramente son de aplicación exclusiva, sino que se combinan de forma diferente para delimitar la aplicación territorial de la ley fiscal.

Los puntos de conexión basados en criterios de personalidad tienden en su caracterización al sujeto comisor del hecho imponible, y constituyen una cualidad de la persona que implica una vinculación con el Estado; vinculación esta que puede ser de carácter política (nacionalidad o ciudadanía, condición política) o de carácter territorial (residencia habitual y domicilio fiscal). Por su parte, los puntos de conexión territoriales presentan como característica fundamental que se refieren al aspecto material del hecho imponible, y, consecuentemente, su heterogeneidad varía en función de las diversas manifestaciones de capacidad económica consideradas en cada caso para la definición de los puntos de conexión; teniendo, al atribuir una competencia en virtud de la fuente de la riqueza, un marcado carácter económico.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Cuando en la imposición directa un Estado grava la renta mundial de un contribuyente, es decir, que adopta una imposición universal, la ley tributaria parte de una conexión subjetiva del sujeto que, generalmente, es la residencia de este, y donde, a partir de una vinculación con el territorio del Estado impositor del sujeto pasivo, todas sus rentas, incluidas aquellas obtenidas en el extranjero, serán gravadas; de lo cual resulta que la obtención de rentas, que constituye el hecho imponible en los impuestos sobre la renta, puede darse fuera del territorio del Estado impositor y quedar tales rentas gravadas por este. Por el contrario, cuando un Estado solo grava las rentas obtenidas en su territorio, con independencia a que ello obedezca a no adoptar un sistema de tasación mundial o porque actúe respecto a sujetos pasivos no residentes, la ley tributaria utiliza criterios de sujeción de carácter objetivo.

<sup>24</sup> Son puntos de conexión subjetivos (personales), entre otros, la condición política, la residencia habitual y el domicilio; contando todos ellos con las siguientes características: 1) se refieren al sujeto o sujetos intervinientes en la relación jurídico-tributaria, es decir, el elemento subjetivo del hecho imponible; 2) todos son cualidades o condiciones de la persona e implican una vinculación con el Estado de carácter política – en el caso de la condición política – o de carácter territorial – en el caso de la residencia habitual y del domicilio –; 3) no existe una relación directa entre los puntos de conexión y el lugar donde los sujetos obtengan las rentas o realicen las actividades gravadas; y 4) con respecto a la distribución de las competencias tributarias, producen el efecto de extender el ámbito de estas

Visto ello, a la interrogante ¿qué aspectos fundamentan la potestad tributaria de un Estado para determinar sobre quiénes recaerá la obligación de contribuir?; pueden relacionarse tres criterios básicos de distribución geográfica de los respectivos tributos utilizables por las leyes fiscales, para cuya defensa existen razones jurídicas y de equidad, e intereses, que amparan las posiciones de los diferentes países:

- 1) El criterio de la nacionalidad — o ciudadanía — de la persona, por el cual un Estado somete a imposición la totalidad de las rentas que obtengan sus nacionales o ciudadanos, cualquiera que sea el lugar en que se encuentran;
- 2) el criterio de la residencia, por el que un Estado somete a imposición la renta mundial obtenida por sus residentes, independientemente al lugar de su obtención; y
- 3) el criterio de la fuente o del origen territorial de las rentas, a cuyo tenor se pone en relación la renta imponible con el territorio de aplicación del impuesto, y el Estado, independientemente de la nacionalidad — o ciudadanía — de su beneficiario, o su residencia, solo somete a imposición las rentas que se obtengan en el mismo.

En esta línea, y toda vez que la mayor parte de los países, en mayor o menor medida, exportan o importan capital, actualmente los principios de residencia y de fuente obran en la legislación tributaria de la mayoría de los Estados; teniendo una aplicación más usual como referentes básicos para determinar la jurisdicción fiscal aplicable. En general, los Estados que prevén el principio de la residencia son los países desarrollados y exportadores de capital, con un marcado interés en gravar las rentas resultantes de las inversiones realizadas en el extranjero por sus residentes. Por su parte el principio de la fuente, denominado de imposición en la fuente, es aplicado preferentemente por los países en vías de desarrollo y receptores de capital extranjero, interesados en que las inversiones realizadas en su país tributen en este.

a territorios distintos a aquel donde el sujeto se encuentra vinculado. Por su parte, son puntos de conexión objetivos (territoriales) el lugar de situación de los bienes y el lugar de realización de la actividad; caracterizables en: 1) su carácter heterogéneo, pues se refieren al aspecto material del hecho imponible y, consecuentemente, cualquier manifestación de riqueza gravada, hecho, acto o situación y, en general, de una actividad demostrativa de capacidad económica, puede ser un punto de conexión territorial; 2) contar con un marcado carácter económico en tanto son expresión de la fuente de la riqueza; y 3) respecto de la distribución de competencias, en principio, atribuyen esta al territorio en que se verifican.

### El criterio de la nacionalidad o ciudadanía

La concreción del principio de personalidad a través de la conexión representada por la nacionalidad — o ciudadanía — permite al Estado respectivo gravar las rentas de sus nacionales — o ciudadanos — de forma ilimitada, independientemente de su origen o del lugar donde estos residan; fundamentándose en una serie de razones tanto políticas como jurídicas. Se invoca a favor de esta conexión la acción configuradora de la nación y el interés del Estado en regir a sus nacionales o ciudadanos, así como razones de carácter patriótico y solidario, al lado de otras de política demográfica toda vez que este criterio es el que mejor se aviene a los Estados que cuentan con un elevado número de emigrantes. Adicionalmente, junto a las antes citadas razones de profundo perfil político, se utilizan otras más acusadamente técnico-jurídicas, tales como el carácter fijo, estable, previsible y fácilmente determinable de la conexión nacional.

El criterio de la nacionalidad — o de la ciudadanía — está basado en la relación de dependencia política de la persona (political dependence, belonging), y acorde a él quedarían sujetos a la ley fiscal de un Estado «todos sus nacionales o ciudadanos», cualquiera que sea el lugar en que residan; teniendo como fundamento que el Estado defiende los derechos políticos de estos, independientemente al lugar donde ellos se encuentren, por lo cual tiene el derecho de exigir a aquellos que viven bajo su imperio los recursos necesarios para su supervivencia, y que estos puedan beneficiarse del prestigio y autoridad de su Estado.<sup>25</sup> Esta aseveración, sin embargo, no tiene carácter general pues tales ventajas puede que no existan, e incluso que ser nacional o ciudadano de un Estado constituya una desventaja<sup>26</sup> para la persona, a lo cual cabe añadirse que, frente a la ciudadanía, se presenta el problema tributario de los extranjeros.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> «La vinculación política como criterio vinculante se basa en el poder de *imperium* del Estado sobre sus ciudadanos. En efecto, el primer derecho y el primer deber del Estado es asegurar su existencia y su funcionamiento. Por ello, tiene el poder de exigir a aquellos que viven bajo su imperio, sus nacionales, los recursos necesarios para su supervivencia». Ver E. ALLIX: «La condition des étrangers au point de vue fiscal», *R. Des C.*, no. 61 (1937-III) pp. 558-562, cit. pos. Susana BOKOBO MOICHE: *Los puntos...*, ob. cit., pp. 46 y 47.

<sup>26</sup> Ver Manuel PIRE: *International juridical double taxation on income*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Boston, 1989, p. 110) cit. pos. Victoriano GONZALEZ POVEDA: *Tributación...*, ob. cit., p. 12.

<sup>27</sup> Son frecuentes en la historia ejemplos de tratamientos tributarios a los extranjeros que resultan más gravosos en comparación con el exigido a sus ciudadanos; a lo cual se añade que, en la práctica tributaria, existen supuestos en los que las leyes tributarias hacen depender el tratamiento tributario de los extranjeros del principio de reciprocidad, es decir, del tratamiento dado en su Estado a los ciudadanos del Estado impositor que entra en el análisis de tal cuestión.

Los que avalan el ejercicio de la potestad impositiva al amparo del principio de la nacionalidad o ciudadanía se basan en que la imposición constituye un mecanismo importante en la financiación del gasto público, resultando el ciudadano quien ostenta el derecho a disfrutar de los servicios públicos y, por ende, quien debe responder a la obligación tributaria; criterio este objetado, entre otras razones, a partir de que representa una restricción del poder fiscal, y al hecho de que se puede ser ciudadano de un país con el cual se han perdido todos los vínculos o lazos objetivos, como es el caso de los emigrados que mantienen su ciudadanía originaria y tienen una vida económica totalmente no identificada con ese Estado.

Esta situación se toma más compleja cuando, concebida la nacionalidad —o ciudadanía— como factor de vinculación, se asume el criterio de la renta mundial, pues en tal caso el nacional —o ciudadano— no residente en su país, pese a encontrarse obligado legalmente a tributar por todos sus ingresos, se libera de tal responsabilidad ante la imposibilidad que tiene el Estado de conocer la situación real de sus ingresos. Adicionalmente, esta cuestión origina el fenómeno de la doble imposición internacional, fundamentalmente cuando el sistema tributario del lugar donde reside el contribuyente grava sus ingresos atendiendo al principio de la tasación mundial. La nacionalidad o ciudadanía es un criterio cuya importancia decrece<sup>28</sup> debido, fundamentalmente, a que el ordenamiento jurídico interno de los diferentes países tiende al

<sup>28</sup> A la interrogante sobre cuál es el fundamento jurídico de la exclusión de la nacionalidad como criterio de aplicación y extensión territorial de las leyes tributarias, MARTIN QUERALT, LOZANO SERRANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LÓPEZ expresan: «En alguna ocasión se ha querido buscar a esta regla un fundamento económico». Así, SAINZ DE VICUÑA ha señalado que son consideraciones de este tipo las que han llevado a la adopción de este criterio aplicativo. Este autor explica que el ejercicio del poder tributario tiene por finalidad detraer una parte de la renta nacional para financiar las actividades estatales. El presupuesto de ingresos es siempre un porcentaje de la renta nacional. Lo que resultaría antijurídico y crearía, por tanto, toda suerte de conflictos sería pretender que el Presupuesto de ingresos se nutriera, asimismo, de un porcentaje de la renta nacional de otros países. De tales consideraciones, concluye, deriva la necesidad de que la tipificación de hechos imponible se circunscriba a los que tengan lugar dentro del territorio nacional; es decir, los que han de tener un carácter territorial son los hechos imponibles, con el objeto de no detraer más rentas que las puramente nacionales. Incluso así se producen gravámenes sobre rentas extranjeras, lo que se intenta limitar a través de los convenios de doble imposición. Nosotros creemos, por el contrario, que el fundamento de la adopción del criterio de la residencia en la aplicación de los tributos personales en detrimento de otros, como pudiera ser el de nacionalidad, es plenamente jurídico, y no es otro que la necesidad del respecto

principio general de la igualdad entre nacional y extranjero; y que en materia fiscal se pone de relieve si tenemos en cuenta que en la mayoría de los Convenios sobre doble imposición concluidos siguiendo el Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio recomendado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos –M.C.O.C.D.E.– o la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la Doble Tributación entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo –C.M.O.N.U.–, prevén en su articulado que los nacionales de un Estado contratante no estarán sometidos en el otro Estado contratante a ninguna imposición u obligación que sea distinta o más gravosa que aquella a que estuvieran o pudieran estar sujetos los nacionales de ese otro Estado que se encontrasen en iguales circunstancias. A ello cabe añadir que vincular el cumplimiento de una obligación tributaria a la nacionalidad significaría considerar que el poder y autoridad de un Estado se ejerce sólo sobre sus súbditos, cuando estos son ejercidos respecto de toda la población en su territorio existente, independientemente de la nacionalidad que se ostente.

Así las cosas, el criterio de la nacionalidad –o ciudadanía– cuenta con una importancia práctica secundaria y solo se utiliza por unos pocos países para gravar la renta mundial de los sujetos pasivos. Por su parte, en los Convenios sobre doble imposición no cuenta con un papel muy importante pues únicamente se le prevé como un punto de conexión subsidiario en la solución de conflictos de dualidad de residencia<sup>29</sup> y para la aplicación del principio de

debido a las leyes (la LGT u otra norma tributaria), porque no es posible olvidar que cuando un determinado principio se incorpora a un precepto adquiere carácter normativo. Otra cosa distinta es indagar acerca de la ratio legis de esta regla. Y aquí sí caben este tipo de consideraciones, junto a otras muchas que se podrían formular en el plano jurídico, entre las cuales destaca la imposibilidad de sancionar los comportamientos antijurídicos que comportaría la sujeción a gravamen de hechos realizados en el extranjero por quien careciera, además, de la condición de ser residente en España; o el hecho de que todos los que tienen una determinada relación con el Estado –por ser residentes en él o por obtener en su territorio rentas, o tener relaciones económicas en el mismo–, provocan la realización de determinadas actividades públicas, a cuya financiación deben ser llamados a contribuir mediante el pago de determinados tributos». Juan MARTÍN QUERALT, Carmelo LOZANO SERRANO, Gabriel CASADO OLLERO, y José Manuel TEJERIZO LOPEZ: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 17ma. edición, Ed. Técnos, España, 2006, p. 183.

---

<sup>29</sup> El M.C.O.C.D.E. y la C.M.O.N.U., utilizan en su Artículo 4, como punto de conexión subsidiario de primer grado, el centro de intereses vitales, después, el lugar donde se encuentra habitualmente la persona y, a continuación, establecen que si una persona se encuentra de forma habitual en cada uno de los

no discriminación, y en otras ocasiones es un factor de aplicación de las normas anti-elusión; teniéndosele en cuenta también, en algunas ocasiones, para supuestos de cortesía internacional como en la tributación de miembros de misiones diplomáticas o consulares.

«Nacionalidad económica en lugar de nacionalidad jurídica como causa de reconocimiento de la obligación tributaria subjetiva» definía NEUMARK<sup>30</sup> y señalaba: «[...] la nacionalidad jurídica debe ser por principio irrelevante para las obligaciones tributarias. La práctica política-fiscal ha venido teniendo cada vez más en cuenta esta circunstancia, hasta el punto de ser hoy muy excepcionales los casos en que la obligación tributaria varía “ceteris paribus” con la nacionalidad. Lo que en nuestros días tiene importancia, en lugar de la nacionalidad jurídica, es la nacionalidad económica [...], que puede originarse por el establecimiento de un domicilio, por una estancia prolongada [...], pero también por la simple participación en el proceso productivo nacional [...]».<sup>31</sup> Así, se entiende como suficiente conexión para someter a gravamen a todos los que tienen una relación con un Estado por ser residentes en él o por obtener en su territorio rentas, o tener relaciones económicas en el mismo, ya que provocan la realización de determinadas actividades públicas a cuya financiación son llamados a contribuir mediante el pago de tributos.

Estados contratantes o no se encuentre en ninguno de ellos de forma habitual, se considerará residente del Estado contratante cuya nacionalidad posea. Visto ello, podemos concluir que no se trata de la utilización de la nacionalidad como punto de conexión, sino que, a falta de otro elemento para determinar si una persona es o no residente en un Estado determinado, se entenderá que reside donde sea nacional.

---

<sup>30</sup> Fritz NEUMARK: *Principios de la imposición*, Introducción de Enrique Fuentes Quintana, 2da. edición, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, p. 101.

<sup>31</sup> Fritz NEUMARK: *Principios de...*, ob. cit pp. 101 y 102. En igual sentido, BUHLER «[...]mientras que en el sistema del Derecho internacional privado el principio de personalidad ha conservado hasta hoy una gran significación, sobre todo en el Derecho de familia, en Derecho tributario y, en general, en el Derecho de la economía, ha sido desplazado considerablemente en el siglo actual por el principio de territorialidad, económicamente mejor fundamentado. Su fundamento es: quien en la economía de un país extraño en el que se ha establecido, participa de forma análoga a como lo hacen los nacionales de dicho Estado, debe quedar sometido al Impuesto en la misma medida que dichos nacionales a las leyes aplicables a los sujetos económicos del país, leyes económicas en los que la legislación sobre divisas desempeña una importante función. Si el extranjero se convierte en nacional a efectos de la legislación sobre divisas, se dan los presupuestos para que sea considerado como nacional a efectos fiscales, puesto que si no debe tener un peor trato

### El criterio de la residencia

En el Derecho Tributario, el elemento determinante del sometimiento al poder tributario de un Estado no es tanto un vínculo político como económico, consistente en residir en un determinado Estado.<sup>32</sup> Como explicaba UCKMAR «[...] en sustancia la exacción de impuestos se justifica por la producción de servicios públicos. El ente público para producir tales servicios ha de hacer frente a unos costes que no pueden ser cubiertos con ingresos patrimoniales; de ahí la necesidad de repartir el gasto entre quienes se benefician de los servicios».<sup>33</sup> Así, la residencia de la persona es «un criterio de aplicación de las normas tributarias y, por tanto, de sometimiento de las personas a un determinado poder tributario. [...] cualifica al sujeto pasivo en los impuestos personales, determinando una modalidad específica de tributación».<sup>34</sup>

fiscal tampoco debe tenerlo más favorable». Ottmar BUHLER: *Principios de Derecho Internacional tributario*, versión castellana de Fernando Cervera Torrejón, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, pp. 216 y 217; UCKMAR, para quien, de acuerdo con la doctrina moderna «[...] el elemento determinante del sometimiento al poder tributario de un Estado consiste en la pertenencia económica al mismo, y, por consiguiente, más que el vínculo político —que tanta importancia tuvo en el pasado, incluso a efectos tributarios— adquiere primordial relevancia el vínculo económico. En el fondo, más que ser ciudadano de un Estado, lo decisivo para que surjan las obligaciones tributarias consiste en residir, es decir, en producir o en consumir una renta en el Estado de que se trate». V. UCKMAR: «Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho Tributario», traducción de Fernando Sáinz de Bujanda, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, vol. VI, no. 24, 1956, p. 579, y ALBIÑANA «[...] ha de reconocerse que la evolución de los sistemas impositivos hacia el impuesto personal (personas físicas) y el impuesto sobre el consumo (unidades familiares) dejará inaplicables los criterios anteriores de radicación de las capacidades contributivas “reales”, que serán sustituidos por el de la “residencia efectiva” de su titular[...]». César ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA: *Derecho Financiero y Tributario*, s.n.ed., Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Hacienda, 1979, p. 357. Ver en esta propia línea de exposición, A.D. GIANNINI: *Instituciones...*, ob. cit., p. 95, y Juan MARTIN QUERALT: *La aplicación...*, ob. cit., pp. 38 y 45.

Así, una simple relación de nacionalidad o ciudadanía con el Estado impositor, sin ninguna conexión económica, podría dificultar grandemente la recaudación del tributo en cuestión en aquellos casos en que no se posean bienes en el territorio del Estado impositor. Por el contrario, una relación de residencia siempre propicia mayores garantías de la posesión de riqueza en el territorio del Estado impositor, sobre la cual poder hacer efectivo el tributo o que, al menos, propiciaría el desarrollo en el territorio de actividades económicas generadoras de medios con los que satisfacer el adeudo tributario.

<sup>32</sup> Ver Amparo NAVARRO FAURE: *El domicilio tributario*, s.n.ed., Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 29.

<sup>33</sup> Víctor UCKMAR: *Influencia...*, ob. cit., p. 589.

<sup>34</sup> Amparo NAVARRO FAURE: *El domicilio...*, ob. cit., p. 189.

El criterio de la residencia se sustenta en la residencia del contribuyente; quien está sujeto al pago del tributo en el país donde reside y por la renta obtenida en cualquier parte del mundo, sin importar su lugar de origen ni la residencia de su pagador, y tiene un carácter de atributo personal; partiendo en él la sujeción tributaria, en esencia, más que de la realización de un determinado hecho imponible dentro del territorio, del sentido de permanencia de una persona en un país determinado.

Este criterio se apoya en fundamentos de igualdad tributaria, mediante el cual todos los que residen en un determinado Estado deben contribuir a su sostenimiento, sin distinguir que la obtención de sus riquezas provenga de dentro o fuera del país; apoyándose también en que si se reside en un Estado y, consecuentemente, se recibe de este servicios públicos, debe contribuirse a su financiamiento. Otro basamento lo representa el principio de la capacidad contributiva, razón por la cual el impuesto debe calcularse acorde a la realidad económica de la persona y, para ello, debe de tenerse en cuenta todas las rentas recibidas, tanto dentro como fuera del país, para la conformación de su base imponible; criterio económico mediante el cual se amplía la posibilidad recaudatoria de la Administración Tributaria de los países exportadores de capital.

Finalmente, en beneficio de la conexión de residencia se arguyen la acción configuradora del medio social y del ambiente, el interés del individuo en someterse a la Ley del Estado en el que voluntariamente se ha establecido, el interés de los terceros que con él se relacionan de regirse por una Ley que les resulta común y conocida y, el interés del Estado en regir a las personas en él domiciliadas con objeto de asimilar a la población extranjera y evitar que los extranjeros se sustraigan a su Ley; aludiéndose también al proceso de integración política y económica entre Estados, así como a la existencia de un gran número de refugiados apátridas<sup>35</sup> con relación a los cuales la conexión nacional o ciudadana no es útil. Junto a estas razones, de naturaleza marcadamente políticas, se manejan otras más claramente jurídicas. Así, la residencia tiene un carácter intermedio y conciliador entre la territorialidad y la nacionalidad o ciudadanía; existiendo por otra parte la intención de hacer coincidir la solución de los conflictos de jurisdicciones

<sup>35</sup> Es un principio refrendado internacionalmente que todo individuo tiene derecho a una ciudadanía. No obstante, no es extraño encontrar situaciones en que han sido privadas de su ciudadanía de origen por causas de indignidad, motivos políticos, etcétera, y no hayan optado por ninguna otra. Doctrinalmente, a los incluidos en esta situación se les denomina apátridas.



y de leyes, lo cual se logra mediante el empleo de una conexión común, la representada por la residencia.

### **El criterio de la fuente**

La existencia de los presupuestos materiales de la obligación tributaria puede dar lugar a rechazar el vínculo personal como el criterio de sujeción a lo establecido en la normativa tributaria, es decir, como criterio determinante de quiénes, o qué hechos o relaciones, quedan sujetos a la normativa tributaria, para en su lugar preferir el denominado criterio territorial o de la fuente, consistente en gravar en el territorio todos aquellos presupuestos o hechos impositivos que puedan considerarse realizados en el territorio del Estado, o sea, que basa su aplicación en una relación real del hecho imponible, o de alguno de sus elementos o de quienes lo realizan, con el territorio del Estado, que lo sigue como criterio de sujeción a su poder tributario.

El criterio de la territorialidad, o de la fuente, somete a impuesto aquellos rendimientos generados dentro del territorio del Estado o considerados de fuente nacional, según la definición que establezca cada legislación tributaria, con independencia de la nacionalidad o ciudadanía, el domicilio o el lugar de residencia del contribuyente. Por ello, bajo este criterio se somete a imposición a toda persona que haya obtenido enriquecimientos en su territorio (teoría de la fuente productora) o en cuyo territorio existió su disponibilidad jurídica o económica (teoría de la fuente pagadora). Así, su justificación parte de la base del derecho que tiene el Estado cuya economía produjo la renta referida, de gravar estos enriquecimientos dado que su obtención solo fue posible gracias a las condiciones políticas, económicas, sociales y jurídicas existentes en ese país y a cuyo sostenimiento y mantenimiento es justo que su beneficiario aporte una contribución.<sup>36</sup>

El criterio de la fuente define el ámbito de aplicación de los impuestos personales en base al lugar de procedencia de la renta; no obstante lo cual las leyes fiscales que le utilizan no parten de

<sup>36</sup> En palabras de FONROUGE: «El derecho de aplicar tributos no radica, pues, en las obsoletas teorías del control y de la protección que predominaron en épocas superadas, sino en la jurisdicción ejercida en el territorio donde la riqueza se integra en el sistema económico, donde esa riqueza se produce y es utilizable para el grupo social. Es decir, que el impuesto corresponde al Estado en que se halla la fuente productora del bien gravado, donde el medio ambiente y los hombres, en acción solidaria la han creado». G. FONROUGE: «La doble tributación internacional y modernos criterios de tributación», en *La Ley*, Buenos Aires, 1965, p. 962, cit. pos. Ronald EVANS MÁRQUEZ: *Régimen...*, ob. cit., p. 7.

una definición uniforme de la «fuente de la renta»; que puede concebirse desde dos enfoques distintos: uno económico, que localiza la fuente de la renta en el lugar en que están situados y utiliza los factores de producción, y otro de naturaleza financiera, que localiza la fuente en el territorio en el que reside la persona pagadora de la renta, es decir, en el lugar donde se incurre en el costo que el pago de la renta supone. Implica, señala VOGEL,<sup>37</sup> una idéntica presión fiscal para el residente y el no residente que realizan determinada actividad de empresa en el mismo Estado y soportan costos de transacción análogos, en oposición al criterio de la renta mundial, que no es neutral porque en la medida en que el nivel de imposición del Estado de residencia es superior al del Estado de la inversión implica costos añadidos, aún cuando conceda créditos fiscales por los impuestos allí pagados, y es mediante estos costos añadidos que el criterio de la renta mundial influye en la decisión de invertir, apartándose de la neutralidad; razón por lo cual el criterio de la fuente satisface mejor las exigencias de neutralidad que el criterio de la renta mundial.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> VOGEL subraya que la aplicación del principio de la fuente tendría como consecuencia inmediata que las empresas invertirían en aquellos países donde la diferencia entre costes fiscales y provisión de servicios públicos sea negativa, es decir, las empresas invertirían en aquellos Estados donde exista un grado más alto de suministro de servicios públicos al precio fiscal más bajo, lo que animaría a las Administraciones fiscales a una gestión más eficiente de los servicios públicos, de manera tal que los diferentes Estados serían más cuidadosos en sus políticas de gasto fiscal. Ver K.VOGEL: *Taxation of cross border income, harmonization, and tax neutrality under E.C. Law*, Deventer, 1994, cit. pos. Tulio ROSEMBUJ: *Fiscalidad internacional*, s.n.ed., Ed. Técnos, Barcelona-Madrid, 1998, p. 94. En igual sentido, TANZI propugna el criterio de la fuente frente al de residencia y renta mundial, atendiendo a las dificultades legales, técnicas y políticas de su implementación. Ver Víctor TANZI: *Taxation in an integrate world*, Washington, 1995, p. 137) cit. pos. Tulio ROSEMBUJ: *Ibidem*, p. 95.

<sup>38</sup> La no imposición a las rentas generadas fuera de los límites del territorio, y la consecuente limitación, en lo que respecta a los no residentes, a solo gravar la renta que tiene su fuente en el territorio que alcanza su soberanía fiscal, es fundamentada por GONZÁLEZ POVEDA como sigue: «El producto interior bruto de un Estado es el valor de los bienes y servicios finales producidos en un período determinado dentro de sus fronteras. En una economía como la española abierta al exterior, este producto interior bruto se habrá obtenido en parte mediante la aportación de factores de producción realizada por personas residentes en el extranjero (capital, trabajo y tecnología) que reciben la remuneración que les corresponde como propietarios de los factores. Si al producto interior bruto se le suman las rentas obtenidas en el extranjero por los factores de producción que son propiedad de residentes y se le resta la parte del producto interior bruto que corresponde a factores de producción propiedad de no residentes se llega a la magnitud llamada producto nacional bruto, es decir, al valor total del producto generado por los factores de producción que son propiedad de residentes. La

En consecuencia, el criterio de la fuente, enunciado en términos económicos, conduce a excluir del campo del impuesto el producto bruto que se ha generado en otros países; sentido este en el que se pronuncia SAINZ DE VICUÑA, al expresar que:

[...] el ejercicio del poder tributario por el Estado tiene como finalidad detraer una parte de la renta nacional para financiar las necesidades estatales. Lo que resultaría antijurídico y crearía, por tanto, toda suerte de conflictos sería pretender que el Presupuesto de ingresos se nutriera, asimismo, de un porcentaje de la renta nacional de otros países.<sup>39</sup>

siguiente igualdad pone de manifiesto los componentes del producto nacional bruto:  $P.N.B. = P.I.B. + R.F.N. - R.F.E.$ , donde R.F.N. es la renta obtenida en el extranjero por factores de producción propiedad de residentes y R.F.E. es la renta producida dentro del territorio nacional por factores de producción propiedad de no residentes. Este componente negativo del P.N.B. es la renta de los no residentes que tiene su fuente dentro del territorio español, es la parte que les ha correspondido por su aportación de factores al producto interior bruto. No toda esta parte del producto nacional bruto se transforma en renta disponible para los propietarios de los factores, de ella hay que restar los beneficios retenidos por las sociedades y no distribuidos a los socios. Solo la parte de la renta disponible que afluye a los no residentes como retribución de los factores de producción aportados por ellos es susceptible de ser gravada por el Impuesto sobre la Renta. De todo lo expuesto hasta ahora puede llegarse a la siguiente conclusión, el principio de la fuente declarado en la ley fiscal, podría enunciarse en términos económicos diciendo que solo puede someterse a imposición en España aquella parte de la renta disponible del no residente que tiene su origen en su aportación de factores a la obtención del producto nacional bruto. La aplicación del principio de la fuente supondría siempre la existencia de un factor de producción propiedad de una persona no residente que se ha utilizado en la producción de los bienes y servicios en territorio español, es decir, en la generación de nuestro producto nacional bruto». Ver Luis A. ROJO: Renta, precios y balanza de pagos, Alianza Universal, Madrid, 1974, pp. 11 y 33, cit. pos. Victoriano GONZALEZ POVEDA: «La obligación real en la normativa del I.R.P.F. (un análisis económico de los puntos de conexión)», revista *Crónica Tributaria* no. 65, 1993, pp. 46 y 47.

---

<sup>39</sup> Ver S. de VICUÑA Y BARROSO: «El ámbito territorial de las leyes fiscales», *Estudios de Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 428, cit. pos. Victoriano GONZALEZ POVEDA: *La obligación...*, op. cit., p. 47. Cabe destacar que SAINZ DE VICUÑA atribuye a consideraciones de tipo económico la fundamentación de exclusión del criterio de nacionalidad como criterio de aplicación y extensión territorial de las normas tributarias; cuestión esta respecto de la cual MARTIN QUERALT, CARMELO LOZANO, CASADO OLLERO y TEJERIZO LOPEZ consideran como plenamente jurídicas las razones que llevan a la exclusión del criterio de la nacionalidad cuando un determinado principio se incorpora a una norma jurídica, y que el fundamento jurídico de la exclusión del principio de la nacionalidad en la aplicación de las leyes tributarias no es otro que el derivado del acatamiento a las leyes que establecen un criterio diferente. Ver Juan MARTIN QUERALT, Carmelo LOZANO SERRANO, Gabriel CASADO OLLERO, y José Manuel TEJERIZO LOPEZ, *Curso de...*, ob. cit., p. 183.

En cualquier caso, resulta innegable la importancia del criterio de territorialidad o de la fuente, en tanto todos los Estados hacen tributar de una u otra manera, y algunos exclusivamente, en atención a él.

Finalmente, y vistos los criterios de nacionalidad o ciudadanía, residencia de la persona, y de la fuente de la renta, antes descriptos, puede afirmarse que ningún Estado aplica uno solo de ellos con carácter exclusivo, de forma que, o bien solo las personas nacionales o residentes sean los únicos sujetos a impuestos personales,<sup>40</sup> o bien lo estén únicamente las fuentes de rentas localizadas en el territorio del Estado. Por el contrario, todos los Estados no solo aplican los criterios de la nacionalidad –o ciudadanía– o de la residencia sino que también emplean el criterio de la fuente y gravan además a las personas no residentes en tanto exista una dependencia económica de estos con el territorio del Estado en cuestión. En estos casos, las posiciones de los diferentes Estados son disímiles y transitan desde aquellos en donde los elementos de vinculación establecidos por la ley fiscal expresan claramente una dependencia económica del no residente tal como el ejercicio de una actividad empresarial mediante instalaciones fijas o la posesión de bienes inmuebles, hasta aquellos otros Estados que tienden a gravar toda renta que se considere cuente con su fuente en el territorio del Estado, bien por la mera circunstancia de su pago por un residente en el mismo o por otros criterios.

### Los sistemas de imposición

Admitido que la gran mayoría de los Estados poseen sistemas tributarios que combinan los criterios de residencia y territorialidad, podemos señalar que, en definitiva, la diversidad de criterios de sujeción adoptados reconduce a los siguientes

<sup>40</sup> La delimitación del alcance de la ley fiscal suele partir de la distinción tradicional entre los impuestos personales y los reales; y donde los primeros, siguiendo a SAIZ DE BUJANDA, gravan una manifestación de la riqueza que no puede ser pensada sin ponerla en relación con una determinada persona, mientras que los impuestos reales gravan la riqueza, o manifestaciones de esta, sin ponerla en relación con una persona. Ver Fernando SAIZ DE BUJANDA: *Lecciones de Derecho Financiero*, 8ª ed., Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 169 y 170. En los impuestos personales los puntos de conexión utilizados por las leyes fiscales son las relaciones de la persona con el territorio del Estado, mientras que en los impuestos reales los puntos de conexión se sustentan en la relación que tiene la riqueza gravada, o la manifestación de esta, con el territorio de aplicación del impuesto; cuestión respecto de la cual, se distinguen los criterios *ratione loci*, *ratione personae* y *ratione materiae*, aplicables generalmente de forma combinada para delimitar la aplicación territorial de la ley fiscal.

sistemas de determinación de la facultad impositiva e imposición de las rentas y el patrimonio, donde la residencia, la nacionalidad y el territorio u origen de la renta o situación del bien se utilizan según las necesidades de cada Estado:

- El sistema según la fuente, conocido también como de territorialidad u origen de la renta, que tiene de base el principio del beneficio conforme al cual cada Estado tiene derecho a gravar los ingresos obtenidos en su territorio, alegando que nada más lógico que si estos fueron obtenidos dentro de sus fronteras, la persona tribute en dicho Estado donde, por demás, resulta más viable la determinación del tributo y su recaudación.<sup>41</sup> Consecuentemente, en este sistema solo es gravado el hecho imponible realizado dentro del territorio de un determinado Estado, excluyéndose así de la jurisdicción tributaria a aquellos realizados en el extranjero, por lo cual su carácter es territorial y resulta una obligación limitada de contribuir.

Este sistema tiene un carácter real pues sigue en su esencia el elemento objetivo del hecho imponible, es decir, que está dado no por la circunstancia de que el sujeto del impuesto tenga determinado vínculo con ese Estado, sino a un hecho susceptible de gravamen, pero considerado en sí mismo.

- El sistema según la residencia, que tiene de base el criterio de la residencia del contribuyente, y a cuyo efecto la persona está sometida al poder tributario del Estado en que reside y por la renta obtenida en cualquier parte del mundo, sin importar su lugar de origen ni la residencia de su pagador.

- El sistema según la nacionalidad —o ciudadanía—, que plantea una relación menos difícil para el Estado, pero no es un mecanismo viable pues existen personas que al emigrar de su país de origen, aún cuando conserven su ciudadanía, rompen todos sus vínculos con él y tienen una vida no identificada con el Estado del cual mantienen esta.

- Finalmente, un sistema mixto, que generalmente resulta de la combinación de los sistemas de residencia y fuente; sometiéndose a tributación las rentas obtenidas por concepto de la fuente y las obtenidas por concepto de la residencia.

<sup>41</sup> Se basa en diversos fundamentos. El primero es de carácter económico y es defendido por los países importadores de capital (en vías de desarrollo) quienes aducen que asiste al Estado donde se obtiene y produce la riqueza el derecho a gravarla. La segunda razón es un fundamento de carácter netamente político, apoyado en el criterio de la soberanía del Estado aplicada sobre su territorio.

### A manera de conclusiones

A partir de la clásica distinción entre la eficacia y la extensión de la ley en el espacio, las normas tributarias de los Estados pueden incidir sobre hechos ocurridos en otros territorios o sobre otras personas relacionadas, de modo más directo, con otra jurisdicción fiscal. La propia limitación de la eficacia de las normas tributarias por la configuración territorial del Estado determina el alcance de la extensión de sus leyes, que necesitan de un elemento de conexión con el territorio del Estado que ejerce el poder tributario.

Dos son los principios básicos de asignación impositiva internacional o sujeción fiscal, que cuentan con una aceptación generalizada en el ámbito de las relaciones fiscales internacionales:

1. El criterio de *personalidad*, del que resulta la tributación de toda la renta mundial de un nacional o ciudadano —o residente— de un Estado determinado, independientemente a la localización de la fuente de la renta; que constituye el criterio generalmente empleado por los Estados exportadores de capital.
2. El criterio de *territorialidad*, o de la fuente u origen de la renta, que se sustenta en la sujeción a gravamen de los residentes y los no residentes que obtienen rentas de fuentes localizadas en un país, y fundamenta el derecho de imposición de un Estado en la localización de fuentes de renta dentro de un territorio nacional; resultando generalmente aplicado por los Estados importadores de capital.

Los criterios de vinculación de las distintas manifestaciones de riqueza que se someten a imposición son muy diversos; dependiendo de la manifestación de riqueza gravada, del tipo de tributo con el que se grava, de los posibles límites jurídicos al gravamen existentes en cada caso e, incluso, de las opciones de política socioeconómica del legislador tributario; describiendo los puntos y criterios utilizados por la ley tributaria una conexión de carácter puramente personal, o territorial, con el Estado impositor.

Cuando un Estado adopta un sistema de imposición universal, en el sentido de gravar la renta mundial de un sujeto, la ley tributaria parte de una conexión subjetiva relativa al sujeto pasivo, que normalmente resulta ser la residencia de este; casos en los que, dado el vínculo del sujeto pasivo con el Estado impositor, se gravarán todas sus rentas, aún aquellas obtenidas en el extranjero.

Así, la obtención de rentas —que constituye el hecho imponible de los impuestos sobre la renta—, puede tener lugar fuera del territorio del Estado impositor y, sin embargo, quedar sometidas a gravamen por este. Por el contrario, cuando un Estado desea únicamente gravar las rentas obtenidas en su territorio en tanto objeto un sistema de imposición mundial o se trate del régimen tributario de sujetos no residentes, la ley tributaria utiliza criterios de sujeción de carácter objetivo. La elección de uno u otro sistema de tributación por parte de un Estado, obviamente, es una elección soberana que le corresponde, exclusivamente, de acuerdo con sus intereses político-económicos.

## **Acuerdos y Convenios entre Administración Tributaria y Contribuyente: los nuevos pasos del Derecho Tributario Cubano**

Yalenni PÉREZ URQUIZA<sup>1</sup>

«De lo que se trata es de adecuar el ordenamiento tributario a las exigencias que demanda la realidad de nuestro tiempo, eliminando posicionamientos apriorísticos de otrora totalmente superados, procurando avanzar hacia un modelo de relaciones en las que el dominio y la prepotencia administrativa se marginen, haciendo posible el dialogo auténtico, con incorporación a la normativa tributaria de medios diversos distintos de los del ordeno y mando».<sup>2</sup>

### **Introducción**

Como parte de la dialéctica que acompaña al Derecho, el Derecho Tributario transforma su esquema y esencia en la búsqueda de la eficacia de la gestión tributaria y de la satisfacción de los intereses fiscales a los que debe servir. En tal sentido, aparecen formas consensuadas en los procedimientos tributarios que, tratando de buscar esa eficacia de la actividad administrativa, estrechan la distancia entre Administración Tributaria y contribuyente y el resto de los sujetos pasivos. Por ello, nos acercamos al Derecho Tributario Cubano, analizando formas convencionales o consensuales en el seno de sus procedimientos.

### **Las transformaciones operadas en el Derecho Tributario**

Desde finales del siglo xx y principios del XXI, la línea evolutiva del Derecho Tributario transita, desde uno, sobre la base del derecho recaudatorio del Estado, hasta el Derecho Tributario renovado bajo el «paraguas» del principalismo jurídico<sup>3</sup> y los principios de capacidad económica y generalidad de la carga tributaria, en consonancia

<sup>1</sup> Licenciada en Derecho (Universidad de Oriente, 2003). Especialista en Asesoría Jurídica y Administración de Empresas (Universidad de Oriente, 200). Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad de Oriente, 2011). Profesora de Derecho Financiero y Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente (Santiago de Cuba).

<sup>2</sup> Magín Pont Mestres: «Hacia nuevos horizontes en las relaciones tributarias», en la obra colectiva *Alternativas convencionales en Derecho Tributario* (XX Jornada Anual de estudio de la Fundación Antonio Lancuentra), Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 67.

<sup>3</sup> Adam SMITH: *An inquiry into the nature and causes of the Wealth of the Nations*, The University of Chicago Press, Chicago, 1967, p. 350 y ss.; Adolfo WAGNER: *Tratado de*



con la aplicación de otros, comúnmente constitucionalizados, no menos importantes: reserva de ley, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. Este principalismo gravita sobre la base de la necesaria colaboración entre contribuyente y Administración Tributaria, desechando la tradicional sujeción al poder tributario unilateralmente ejercido, en todos los aspectos que englobe la relación jurídico-tributaria.<sup>4</sup>

El principalismo jurídico constituye, en general, una limitación constitucional al poder tributario y las potestades derivadas de este, y a la vez una garantía para el contribuyente.<sup>5</sup> Las normas tributarias estaban inicialmente orientadas, en su totalidad, a la defensa del crédito tributario y a la protección de la Administración Tributaria, aún en su condición de acreedora; pero la nueva línea progresiva es un reclamo por los altos niveles de conflictividad tributaria, debido a una defectuosa técnica jurídica en la elaboración de las normas tributarias, a criterios interpretativos dispares o desacertados, a la irresponsabilidad de la Administración Tributaria ante la anulación de sus propios actos, y a la rigidez de los procedimientos y las deficientes soluciones procesales que en varios ordenamientos se han adoptado, incluso en la revisión judicial de los actos de la Administración Tributaria. Para ello, se impulsarse la vía, mecanismo o medio que posibilite el acercamiento entre Administración y sujetos pasivos, en correspondencia con la especialidad tributaria.

*la Ciencia de las Finanzas*, en [http://www.ual.edu.mx/Biblioteca/Derecho\\_Fiscal/Pdf/Unidad\\_5.pdf](http://www.ual.edu.mx/Biblioteca/Derecho_Fiscal/Pdf/Unidad_5.pdf); Harold M. SOMMERS: *Finanzas Públicas e Ingreso Nacional*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/845/10.pdf>; y Fritz NEUMARK: *Principios de la Imposición*, 2da. edición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1992; Benvenuto GRIZIOTTI: *Principios de Ciencia de las Finanzas*, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 56 y ss.; Luigi EUNALDI: *Principios de Hacienda Pública*, 3ra. edición, Aguilar, S.A. de Ediciones, Madrid, 1952, pp. 100-140; GARCÍA VIZCAÍNO: *Derecho Tributario. Consideraciones económicas y jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1996, pp. 48-55; Sacha Calman NAVARRO COELHO: *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 7ma. edición, Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 67-99; Paulo DE BARROS CARVALHO: *Curso de Direito Tributário*, 17ma. edición, Saraiva, Sao Paulo, 2005, pp. 158-170.

---

<sup>4</sup> Con la frase todos los aspectos que englobe la relación jurídico tributaria, se está haciendo referencia a las diversas obligaciones de carácter formal y material que componen la misma, para todos los sujetos implicados en la misma, ya activos o pasivos.

<sup>5</sup> GARCÍA VIZCAÍNO: Ob. cit., p. 117; Ramón VALDÉS COSTA: Ob. cit., pp. 130-132; Héctor Belisario VILLEGAS: *Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario*, 7ma. edición, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 187-210; José Luis ZAVALA ORTIZ: *Manual de Derecho Tributario*, Jurídica ConSur Ltda, Santiago de Chile, 1998, pp. 15-19.

Esta especialidad del Derecho Tributario quizás comience en su propia esencia, su propia naturaleza recaudatoria, que significa, al unísono, restricción o limitación a la esfera jurídica (patrimonial) de los particulares. Por esto, es una relación que nace del enfrentamiento de los intereses de la Administración Tributaria con el de los sujetos pasivos, en la que el interés general tutelado tendrá prevalencia por encima de los intereses de los sujetos en esa relación. Como consecuencia, son impuestas en Derecho Tributario obligaciones formales «cuyo número e importancia no resiste la comparación con las que se puedan establecer en otros ámbitos del Derecho Administrativo».<sup>6</sup> Consecuentemente, la obligación y la relación jurídico-tributarias son complejas, difíciles, tanto en el orden normativo, como en el orden material o ejecutivo, y existen procedimientos como los de comprobación e inspección muy de esta área del Derecho y de especial relevancia para la misma.

Por su parte, la Administración Tributaria, en tanto Administración Pública, asiste desde finales del siglo XX, a una serie de transformaciones o cambios, que se basan fundamentalmente en el principio de eficacia de la Administración.<sup>7</sup>

Juzgada ya la huida del Derecho Administrativo ante formas tradicionales de actuación administrativa<sup>8</sup> que desembocaron en rigidez burocrática, el formalismo legalista y el procedimentalismo,<sup>9</sup> se vitorea la novedad de métodos y formas de gestión que posibiliten la existencia de una Administración «[...] capaz de conseguir sus objetivos con la mayor agilidad y el menor coste posible, flexibilizando su régimen de funcionamiento y eliminando las trabas que se interpongan».<sup>10</sup>

<sup>6</sup> ELISA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO y EUSEBIO PÉREZ TORRES: *Revisión de actos y solución de conflictos tributarios*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 164.

<sup>7</sup> MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 513 y ss.

<sup>8</sup> FRANCISCO DELGADO PIQUERAS: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1996, p. 20 «[...] el objetivo irrenunciable para una Administración Pública moderna de conjugar garantía y eficacia no pasa necesariamente por una fuga desenfrenada hacia el Derecho Privado [...] el Derecho Administrativo ha de ser capaz de asumir los cambios culturales, sociológicos, políticos y de todo tipo que se están produciendo [...], ha de integrar en su seno y poner a disposición de las Administraciones Públicas nuevas formas y medios técnico-jurídicos, más ágiles y flexibles, que les permitan obtener con eficacia los objetivos marcados democráticamente por la colectividad, garantizando el control social sobre esa misma organización pública». ARMANDO CASTANEDO ABAY: «El principio de cosa juzgada en el Derecho Administrativo», en *Revista Jurídica* no. 18, año VI, enero-marzo 1988, p. 145, sobre la movilidad del Derecho Administrativo, como parte de la superestructura.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ MORÓN: *Derecho Administrativo...*, ob. cit., p. 60.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 61.

Así, los cauces formales de las relaciones jurídicas, en los que la Administración Pública/Tributaria es parte, han recibido a formas alternativas de terminación de los procedimientos administrativos. La inclusión de los acuerdos, convenios, pactos o contratos entre la Administración y los particulares, es una nueva manera de terminación del procedimiento, muy diferente a la terminación unilateral tradicional, que encierra el ejercicio negociado, por lo que la Administración Pública realiza sus actividades, cumple sus funciones o ejerce sus potestades mediante la negociación, el consenso o el acuerdo con los particulares.

Esta novedad no encierra solo la conformidad con el principio de legalidad, según aseguran Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ,<sup>11</sup> sino que es necesario además que se respeten otros dos principios que entienden, son fundamentales: el de estabilidad presupuestaria y el principio de eficiencia de la Administración.<sup>12</sup> Este último se convierte, además, en uno de los principales actores, a juicio de aquellos autores en el escenario de la actuación y control de los poderes públicos, por demás, claramente vinculado con la «buena administración» en su carácter trifonte.

En consonancia con la legalidad de los actos, la constancia por escrito, según Luciano PAREJO ALFONSO, es un requisito formal general para su eficacia. El propio autor señala la distinción entre varios tipos de actos consensuales,<sup>13</sup> aunque la de mayor trascendencia distingue entre actos finalizadores del procedimiento (o sustitutivos de la resolución que le pone fin al mismo), y actos no finalizadores del procedimiento (o no sustitutivos de dichas resoluciones). Dichos actos no sustitutivos, que como nota común tienen la de ser preparatorios de la resolución que pone fin al procedimiento pueden ser: vinculantes, pues su contenido determina en todo o en parte, el de dicha resolución; y no vinculantes, pues solo limitarán su eficacia a la preparación de la resolución en cuanto acto de trámite más. Esta última clase de actos, o sea, los no sustitutivos, podrán ser los de mayor número, especialmente en el ámbito tributario, pues presentan una fisonomía que permite a la Administración Tributaria asirse, preferiblemente de los no vinculantes, en la búsqueda de la eficacia en los procedimientos tributarios de gestión, comprobación y control.

<sup>11</sup> Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO y Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ: *La contratación pública al debate: Presente y futuro*, Thomson Reuters, Civitas, Navarra, 2014. p. 25

<sup>12</sup> Ver Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1255 y ss.

<sup>13</sup> Luciano PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 457-460.

Por demás, como colofón, asegura PAREJO ALFONSO que, al ser la terminación convencional una alternativa (ya preparatoria o sustitutiva) a la terminación unilateral, no pierde la Administración su facultad de resolución unilateral. Entonces ¿Puede la Administración Tributaria ejecutar actos contrarios a los que ha consensuado previamente mediante Acuerdo con el contribuyente, en relación a una obligación específica dentro de la relación jurídico-tributaria?

En el ámbito tributario, donde la función tributaria no pudo mantenerse alejada del conjunto de transformaciones a las que asiste la Administración Pública, hay también criterios de reserva en cuanto al uso de formas convencionales, fundamentados en el principio de legalidad y el carácter *ex lege* de la obligación tributaria. Sin embargo, quizás sea en este sector donde un segmento o porción del poder administrativo, ejercido bilateralmente o compartido, cobre mayor vida, debido a la relación simbiótica que existe entre Administración Tributaria y contribuyente en la consecución del interés fiscal.

El interés público bajo el que acciona la Administración Tributaria por mandato legal, no puede prescindir del interés legítimo del contribuyente a su desarrollo, gestión y realización. Según ROSEMBUJ:

[...] El deber de contribuir al gasto público, a la vez, describe el derecho a la expectativa del ciudadano a la realización correcta del interés público encomendado a la Administración Tributaria, lo cual supone la necesaria asociación entre el ciudadano y la Administración pública para el discurrir del ordinario y regular flujo de los recursos tributarios a la Hacienda Pública.<sup>14</sup>

Visto de esta forma, entonces, a diferencia de lo que sucede con el interés administrativo, el interés fiscal no es objeto solo de la Administración Pública, o no está encargado solo a ella: el ciudadano está por igual vinculado a este, y ambos tributan al interés general. Continúa ROSEMBUJ:

[...] No puede ser de otro modo: el ciudadano está tan vinculado, con la misma intensidad, que la Administración, a la realización regular y ordinaria de la contribución al gasto público; lo cual, obviamente, es fuente de legitimación de su derecho o expectativa de participación en la función tributaria, sea en los procedimientos incursos cuanto en los actos finalizadores de los mismos. El derecho-deber de participación

<sup>14</sup> Ver Tulio Raúl ROSEMBUJ ERUJIMOVICH: *La transacción tributaria: discrecionalidad y actos de consenso*, Atelier, Barcelona, 2000. p. 12.

del ciudadano social establece un ámbito definidamente nuevo en la relación jurídica entre el particular y la Administración tanto sobre la forma de la función tributaria cuanto en las decisiones o resoluciones. En primer lugar y probablemente lo más destacado, es que la coparticipación en el ejercicio de la acción administrativa implica la tensión permanente entre la autoridad que es propia de la potestad tributaria y el interés del particular a su ejercicio adecuado, puntualmente concebido como verdadero interés legítimo. Pero, asimismo, la compartida definición de interés fiscal propone sistemáticamente versiones contrastadas sobre sus efectos: la ponderación y valoración de los intereses sobre el interés fiscal, del individuo y de la Administración, exigen de esta última una elección que tome en cuenta la mejor de las alternativas del interés fiscal, del cual no es esta depositaria exclusiva.<sup>15</sup>

Por ello, cuando se trata de formas consensuadas o negociales, la consecución del interés general adquiere especial relevancia,<sup>16</sup> cuando ese poder puede ser ejercido bilateralmente, si nace de facultades discrecionales.

### **Las formas consensuales en el ámbito tributario y la discrecionalidad de la Administración y el principio de igualdad tributaria**

Como parte del principio de legalidad tributaria y con fundamento en el principio de reserva de ley, lo tradicional en la doctrina es negar la existencia de la discrecionalidad de la Administración Tributaria, ya que las normas «[...] no dejaban ningún espacio para la apreciación subjetiva, debiendo la Administración aplicar los mandatos precisos del legislador».<sup>17</sup> Sin embargo, ante la incapacidad de las normas de poder contemplar todas las circunstancias que pudieran darse en cada caso, más en el ámbito tributario, se comienza a admitir ya determinados espacios

<sup>15</sup> Tulio Raúl ROSEMBUJ ERUJIMOVICH: *La transacción tributaria...*, ob. cit., pp. 12 y 13.

<sup>16</sup> Tulio Raúl ROSEMBUJ ERUJIMOVICH: «La resolución alternativa de conflictos tributarios», en Magín PONT MESTRES y Joan Frances PONT CLEMENTE (coord.); *Alternativas convencionales en Derecho Tributario* (XX Jornada Anual de estudio de la Fundación A. Lancuenta), ob. cit., p. 10.

<sup>17</sup> Estos comentarios pueden encontrarse en la nota al pie no. 124 de la obra de la autora Ángeles DE PALMA DEL TESO: *La actividad convencional entre la Administración y particulares en el ámbito tributario*, en <http://www.tirantonline.com/showDocument.do?docid=228320&op=substring&sp=contencioso%20tributario&cont=1>

de discrecionalidad en este sector, que nunca comprenderán las potestades impositivas de la Administración Tributaria. Lo cierto es que, como asegura ROSEMBUJ ERUJIMOVICH, la potestad de imposición será siempre una potestad reglada, no discrecional, porque la Administración no puede imponer por su cuenta, sino por mandato y cumplimiento normativo estricto; pero esto no significa que no haya para la Administración Tributaria ciertos márgenes o abanicos de opinión en momentos o áreas determinadas.<sup>18</sup> Y cita a DINO JARACH:

[...] La naturaleza reglada de la actividad administrativa, que no indica automaticidad o pasividad de la misma, no excluye además, franjas de gestión tributarias dominadas por la discrecionalidad (ya sea esta pura o técnica) que sirven para la decisión propia, unilateral o compartida, bilateral, en cualquier caso, con efectos inmediatos sobre esferas jurídicas ajenas.<sup>19</sup>

La existencia de la actividad reglada es un criterio de peso en materia de potestad de imposición, pero no puede aplicarse de forma absoluta en el ramo de Hacienda y hay varios ejemplos que así lo objetivizan. Y por ende, en estas áreas en las que está permitido el actuar discrecional a la Administración Tributaria, los medios consensuales o negociales de los procedimientos tributarios son perfectamente aplicables.<sup>20</sup>

En este punto hay otro debate relacionado con el quantum de los tributos. Una vez que, por potestad discrecional, le es posible a la Administración llegar a un acuerdo con el contribuyente u otros obligados tributarios, puede entenderse que se le está facultando a disponer del crédito tributario, lo que rompe con el mandato legal que exige a toda administración tributaria encargarse de la gestión, recaudación y liquidación de los tributos y quizás, con uno de los principios garantes por excelencia en la actividad financiera y tributaria: la indisponibilidad del crédito tributario.

<sup>18</sup> ROSEMBUJ ERUJIMOVICH: *La transacción tributaria...*, ob. cit., p. 14.

<sup>19</sup> Dino JARACH, citado por ROSEMBUJ ERUJIMOVICH: *La transacción tributaria...*, ob. cit., p. 14.

<sup>20</sup> Asegura Ángeles DE PALMA DEL TESO: «[...] En definitiva, el ámbito natural de los acuerdos sería el de la discrecionalidad administrativa» en *La actividad convencional...*, p. 5, ROSEMBUJ; *La transacción...*, ob. cit., p.16, pues si se parte de la idea de que el interés público y el interés ciudadano deben combinarse para la realización del interés general y fiscal, entonces, en supuestos de actos de consenso, la discrecionalidad no será ejercicio unilateral de voluntad, sino autorridad compartida, consentida, concordada, pacticia, o al límite, contractual. Esta combinación de intereses propicia la discrecionalidad compuesta o concurrente, toda vez que la decisión será colegiada.

Empero, el actuar discrecional estará limitado a cuestiones de hecho, ya que el resto de los elementos de la obligación tributaria son indisponibles. Por tanto, siempre que se refiera a los presupuestos de la imposición, limitándose a la valoración de estos o sus consecuencias lógicas y no por determinar la aplicación o no de la norma tributaria, será posible una terminación convencional en cualquiera de sus variantes y no significará, en ninguno de los casos, la disponibilidad del crédito tributario por parte de la Administración Tributaria.<sup>21</sup>

En este sentido de la necesidad de los acuerdos o convenios en el ámbito tributario, comenta SÁNCHEZ MORÓN que será necesario en cada caso si existe alguna relación litigiosa o conflictiva, sobre la que exista algún grado de indeterminación normativa, por dificultades de interpretación, discrecionalidad o márgenes de apreciación cualitativo o cuantitativo, y que es posible resolver mediante concesiones mutuas o propuesta de composición. Este acuerdo tiene límites generales pues. No puede ser contrario a Derecho, debe tener por objeto o finalidad la satisfacción del interés público, no puede suponer la alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos.<sup>22</sup>

La aplicación o autorización al uso de métodos no tradicionales en los procedimientos tributarios, debe abrir el telón hacia unas relaciones tributarias mucho más fluidas y libres de deformaciones, redundando en mayor satisfacción y seguridad jurídica y en una reducción de la litigiosidad.<sup>23</sup> Así, la igualdad entre la posición de la Administración Tributaria y el sujeto pasivo puede ser mucho más certera en un medio menos hostil y de mayor acercamiento.<sup>24</sup>

La máxima de igualdad ante la aplicación de medios convencionales o consensuales, puede parecer, o muy certera, o una falsa apariencia. Y es que el principio de igualdad se bifurca en dos cuestiones distintas, la primera relacionada con el trato igual

<sup>21</sup> María GARCÍA CARACUEL: «Acuerdos y convenios con la Administración en el seno de los procedimientos tributarios en Italia y España», en *Revista Española de Derecho Financiero*, no. 121, 2004, pp. 73-128 y Rafael CALVO ORTEGA: «En defensa del arbitraje tributario», en revista *Crónica Tributaria*, no. 100, año 2001, Instituto de Estudios Fiscales, Ediciones del Ministerio de Hacienda Español, pp. 153-166.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ MORÓN: «Derecho Administrativo...» p. 514, comentarios a partir del artículo 31 de la LPAP española y un Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda, sobre tal parecer.

<sup>23</sup> Ver Magín PONT MESTRES: «Hacia nuevos horizontes...», ob. cit., p. 67.

<sup>24</sup> Emilio ECHEVERRÍA QUINTANA: «La desigualdad del ciudadano ante la Administración Tributaria como problema para la inserción de técnicas convencionales», en la obra colectiva *Alternativas Convencionales en Derecho Tributario* (XX Jornada Anual de estudio de la Fundación Antonio Lancuentra), ob. cit. pp. 275-291.

que merecen los contribuyentes en iguales situaciones en torno a la igualdad especial o material, y la segunda relacionada con el hecho de que la técnica convencional pueda o no coadyuvar a la distribución de la carga tributaria entre todos los contribuyentes, tal y como exige el principio de igualdad tributaria en su expresión general o formal, siendo la primera de interés para el uso de formas convencionales.

En materia tributaria, puede resultar complicado alcanzar el grado de individualización que el cumplimiento estricto de la igualdad pueda significar,<sup>25</sup> por lo que es muy probable que el trato desigual sea más común, atendiendo a las situaciones que regule la norma jurídico-tributaria y a la interpretación y aplicación de esa norma por personas distintas y, en último caso, al consentimiento del particular en cada caso concreto. En este sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO entiende que:

[...] la transacción tributaria no supone en sí misma una lesión al principio de igualdad, ni como consecuencia de su empleo ni por su posible contenido, es más, estos negocios no infringen el principio de igualdad siempre que se mantengan dentro de los ámbitos de la discrecionalidad administrativa.<sup>26</sup>

Como consecuencia de la búsqueda de la eficacia administrativa, la aplicación de técnicas convencionales es también una respuesta técnica del ordenamiento frente a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.<sup>27</sup> En estos casos, el uso de figuras de acercamiento y actuación consensuada entre la administración tributaria y los contribuyentes, propicia la efectividad del principio de legalidad, y también el de seguridad jurídica.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Mario PUGLIESE: *Instituciones de Derecho Tributario...*, ob. cit., p. 189, agregando que «[...] toda transacción sobre cuestiones jurídicas es ilícita porque se infringiría el principio de igualdad si en cada caso individual, según circunstancias de hecho indeterminadas y la habilidad negociadora del contribuyente, la norma tributaria pudiera aplicarse en forma más o menos completa».

<sup>26</sup> María Luisa GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Los procedimientos tributarios...*, ob. cit., p. 179.

<sup>27</sup> No solo a la proliferación de conceptos jurídicos indeterminados, sino también a «las normas de valoración imprecisas y preceptos cuya lectura por un par de juristas especializados hace surgir media docena de interpretaciones razonables». Ver GARCÍA-HERRERA BLANCO y HERRERA MOLINA: «Técnicas convencionales e igualdad tributaria, (mitos y paradojas de un aparente conflicto)», en revista *Quincena Fiscal*, no. 14, Aranzadi, Pamplona, Navarra, 2002, pp. 10-11, quienes citan a Jesús RAMALLO MASANET cuando afirmó: «es la misma ley la que no al no ser plena o completa, deja zonas discrecionales y no regladas, utiliza conceptos jurídicos indeterminados, normas en blancos, términos que pueden ser llenados con



Los conceptos que las disposiciones normativas usan pueden ser determinados o no, dependiendo de la delimitación del ámbito de la realidad al que se refieran de una manera precisa o no, respectivamente.<sup>29</sup> Sus límites no aparecen definidos con precisión en la ley, porque se trata, precisamente de que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas,<sup>30</sup> pero que en el momento de la aplicación de la norma pueden ser delimitados. La determinación será siempre una cuestión de grado, siendo esto lo que precisamente caracteriza al concepto indeterminado normativamente, es decir, la imposibilidad de eliminación o de aceptación absoluta de una definición única, de forma tal que junto a él vendrá asociado, indiscutiblemente, un margen de apreciación en la aplicación de la norma para la Administración.<sup>31</sup>

En materia tributaria, la indeterminación del concepto y su variación gradual tiene también su expresión en el principio de

distinto contenido. Es la propia ley la que nos coloca ante supuestos de hecho o elementos del hecho imponible inciertos que hay que concretar con pruebas que pueden ser también contradictorias»; y a ZORNOZA, «Conviene recordar que la creciente complejidad de la realidad económica y social sobre la que inciden las normas tributarias dificulta cada vez en mayor medida que toda la actividad administrativa esté rigurosamente determinada por la ley, y que la aplicación de las leyes no puede concebirse como un proceso mecánico, pues es habitual la aparición de conceptos jurídicos indeterminados [...]».

---

<sup>28</sup> Ver Ángeles DE PALMA DEL TESO: «La actividad convencional...», ob. cit., p. 4.

<sup>29</sup> María Dolors TORREGROSA CARNÉ: «Técnicas procedimentales alternativas en los supuestos de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados», en Magín PONT MESTRES y Joan Frances PONT CLEMENTE (Coords.): *Alternativas convencionales en Derecho Tributario* (XX Jornada Anual de estudio de la Fundación A. Lancuentra), Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 241 y Bartolomé RIERA RIBAS: «Los conceptos jurídicos indeterminados en la nueva Ley General Tributaria», en *Revista de Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación: Comentarios, Casos Prácticos*, no. 265, año 29, 2005, pp. 33-98.

<sup>30</sup> María Dolors TORREGROSA CARNÉ: «Técnicas procedimentales en la aplicación de conceptos...», ob. cit., p. 241.

<sup>31</sup> Según Cristina GARCÍA-HERRERA BLANCO y Pedro M. HERRERA MOLINA: «Técnicas convencionales e igualdad tributaria (Mitos y paradojas de un aparente conflicto)», ob. cit., p. 12, se trata de conceptos vagos, ambiguos, nebulosos, vacíos de auténtico contenido, como por ejemplo, el valor real, y cuyo contenido se remite a la voluntad de los operadores jurídicos. En el ámbito tributario, esto equivale a otorgar un margen de discrecionalidad a la Administración. Ver también Mariano BACIGALUPO: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites discrecionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 196-199, por el contrario, María Dolores TORREGROSA no admite que ese margen de apreciación concedido a la Administración en la aplicación de las normas con conceptos jurídicos indeterminados, constituya una potestad discrecional. María Dolores TORREGROSA CARNÉ: «Técnicas procedimentales...», ob. cit., p. 242.

capacidad económica, entendido como un concepto jurídico indeterminado, pero determinable.<sup>32</sup>

FERREIRO LAPATZA,<sup>33</sup> ya tempranamente había aludido al derecho del contribuyente u otro obligado tributario a una forma negocial o convencional o transaccional, siempre que en la aplicación de la norma tributaria estuviera de por medio un concepto jurídico indeterminado; y ante este, discrecionalidad administrativa o incertidumbre legal, una decisión administrativa unilateral no garantiza mejor los intereses jurídicos perseguidos, que otra surgida de un acuerdo de voluntades, aún y cuando pueda resultar evidente que en condiciones de difícil entendimiento normativo, la balanza interpretativa se incline a favor del sujeto pasivo.<sup>34</sup>

### **De las áreas del Derecho Tributario que pueden ser sometidas a terminación convencional**

Despejadas las interrogantes sobre las ventajas para el ámbito tributario de las formas negociales, corresponde solo a la norma, y en todo caso a su creador, establecer los límites y alcances de aquellos dentro del proceso, creando el marco de aquellas materias o áreas que pueden ser sometidas a discusión o negociación.

Tomando como base los criterios de DE PALMA DEL TESO<sup>35</sup> y CALVO ORTEGA,<sup>36</sup> procederían en el caso de: las valoraciones de bienes (por ejemplo, valoraciones catastrales indicativas, realizadas por los propios sujetos pasivos, cotizaciones en los mercados, valoraciones realizadas a efectos no tributarios, tasaciones contradictorias, etcétera); la precisión o delimitación de

<sup>32</sup> Ver TIPKE: *Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 34. Ver GARCÍA-HERRERA BLANCO y Pedro M. HERRERA MOLINA: «Técnicas convencionales...», ob. cit., p. 14.

<sup>33</sup> Para José Juan FERREIRO LAPATZA existen casos en los que el contribuyente ha de tener derecho a una solución arbitral vinculante, a saber: a) cuando se aplique una presunción, como modo de reducir el peso de la carga de la prueba; b) cuando se aplique un concepto jurídico indeterminado tal como el valor de mercado, o el valor real de los bienes; c) en los supuestos de estimación indirecta de la base imponible de los tributos. Ver FERREIRO LAPATZA: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 199. y en «Arbitraje sobre relaciones tributarias» *Alternativas convencionales en Derecho Tributario*, coordinadores Magín PONT MESTRES y Joan PONT CLEMENTE, ob. cit., pp. 263-265.

<sup>34</sup> Pedro Manuel HERRERA MOLINA y Juan Ignacio GOROSCOPE OVIEDO: «La interpretación favorable al contribuyente ante la oscuridad normativa», en revista *Crónica Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Ediciones del Ministerio de Hacienda, Madrid, no. 100, año 2001, pp. 127-152.

<sup>35</sup> Introducidas por Ángeles DE PALMA DEL TESO: *La actividad convencional...*, ob. cit., p. 5.

<sup>36</sup> Rafael CALVO ORTEGA: *En defensa del arbitraje tributario*, op. cit., p. 153 a 166.

los conceptos indeterminados o de difícil precisión que incorporan y manejan las normas tributarias (por ejemplo: intimidación de los sujetos pasivos, trascendencia tributaria, estado de conservación de una construcción, usos y costumbres de la localidad, impuesto similar, bienes de fácil realización, fondo excesivo de una parcela, imposibilidad transitoria de realizar el pago, usos y costumbres a efectos de realizar determinados gastos por relaciones públicas, gastos de difícil justificación, núcleo principal de intereses económicos, imposibilidad de obtener una garantía determinada, es decir aval bancario, perjuicios de imposible o difícil reparación, servicios o actividades administrativos imprescindibles para la vida privada o social del solicitante, etcétera); la comprobación de los módulos para la aplicación de los regímenes simplificados o de la estimación objetiva; la procedencia y cuantía de los tributos parafiscales; la cuantificación de los intereses de demora; la imposibilidad de prestar determinada garantía, o alguna de las previstas en el ordenamiento; la verificación de las situaciones que abren paso a la estimación indirecta; las inscripciones o cancelaciones en Registros Públicos con efectos fiscales; las cuestiones formales relativas a la instrucción de los procedimientos o el modo de dar cumplimiento a una obligación; y los acuerdos de mera tramitación, en especial sobre cuestiones de prueba, al objeto de determinar el importe de la renta en el periodo impositivo, y en consecuencia, la base imponible.

De esta forma, hay consenso entre estos dos autores sobre la posibilidad de someter a un medio alternativo alguno de los elementos que componen la base imponible, lo que puede parecer perfectamente ejecutable según estos mismos autores, pues la figura convencional no puede tener por objeto la determinación de la totalidad de la base imponible, sino únicamente la determinación de elementos inciertos de la misma.<sup>37</sup> Sin embargo, es imposible sostener negociaciones sobre los denominados elementos inciertos de la base imponible, sin alterarla, o afectarla en su totalidad, incluso, en su cantidad. Por ello el criterio de la consensualidad a la que puede ser sometida alguna porción de la base imponible o sus partes integrantes, podría significar el alterar la base imponible per se, lo que podría ser interpretado como una afectación al quantum de los tributos.

<sup>37</sup> Ángeles DE PALMA DEL TESO; *La actividad convencional...*, op. cit., nota al pie número 109, p. 66.

## La reforma del Sistema Tributario Cubano a partir de las Leyes no. 73 de 1994<sup>38</sup> y no. 113 de 2012, ambas del Sistema Tributario y los acuerdos o convenios

Para el año 1994 comenzó a establecerse una nueva política tributaria en Cuba, «una vez que se abandonaron algunos criterios de corte idealista en contra de la fiscalidad»,<sup>39</sup> significándose a partir de entonces una profunda reforma tributaria.<sup>40</sup> En tal sentido se crea la Oficina Nacional de la Administración Tributaria (en lo adelante ONAT) como oficina adscripta al Ministerio de Finanzas y Precios en el año 1995,<sup>41</sup> órgano al que se le encargó la gestión y cobro de tributos.<sup>42</sup> No obstante, el escenario social-tributario no era el más adecuado.<sup>43</sup>

Con la puesta en vigor de la Ley no. 73 en 1994 comenzó una nueva etapa para la actividad tributaria, que ya mostraba signos primigenios de actividad convencional, aunque no en modo y número proporcional a la norma base.

Las formas convencionales serían, pues, de mayor uso en aquellas relaciones en las que el tono crepitante se torne mucho más evidente, como ya se ha mencionado, ya sean por razones de índole normativa o institucional. Tales serían, en consonancia

<sup>38</sup> Ley no. 73 del sistema Tributario, vigente desde 1994 hasta el 2012, momento en el que fuera derogada, de conjunto con el Decreto ley no. 169, por su sucesora, la Ley 113, vigente actualmente.

<sup>39</sup> Raysa María MESQUIDA DEL CUETO: «El ABC de la tributación de la inversión extranjera en Cuba», en *Revista Cubana de Derecho*, no. 10, La Habana, 1994-1995, p. 25.

<sup>40</sup> Ver MESQUIDA DEL CUETO: «Caracterización de la Reforma Tributaria Cubana de 1994», en AA.VV., *Apuntes de Derecho Financiero*, Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 215-253 y Yalenni PÉREZ URQUIZA: «Algunas consideraciones en torno al Sistema Tributario Cubano. A 14 años de su nacimiento», en *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, no. 34 de 2008, en: [http://www.newsmatic.e-plo.com.ar/index.php?pub\\_id=99&dsid=1174&aid=28525&eid=34&NombreSeccion=Notas%20de%20c%20E1tedra%20universitaris&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-plo.com.ar/index.php?pub_id=99&dsid=1174&aid=28525&eid=34&NombreSeccion=Notas%20de%20c%20E1tedra%20universitaris&Accion=VerArticulo)

<sup>41</sup> Fue creada mediante el Acuerdo no. 2819 de 1994 del Consejo de Ministros y mediante el Acuerdo no. 2915 de 1995 se aprobaron sus objetivos, funciones y atribuciones.

<sup>42</sup> El art. 19 del Decreto-Ley no. 169 amplió esas funciones tres años más tarde.

<sup>43</sup> Así lo entendió Carlos MARX cuando enfatizó que en las sociedades capitalistas: «El impuesto es el quinto dios, al lado de la propiedad, la familia, el orden y la religión» Ver Carlos MARX: «Lucha de clases en Francia de 1848 a 1850», en Carlos MARX y Federico ENGELS, *Obras Escogidas de Carlos Marx y Federico Engels*, t. III, Editora Política, La Habana, 1963, p. 289. Sobre el desarrollo lánguido de determinadas ramas jurídicas, ver Julio FERNÁNDEZ BULTÉ: *Teoría del Derecho*, Félix Varela, La Habana 2002, p. 163 y Francisco DE VARONA Y DUQUE ESTRADA: «Sobre la enseñanza del Derecho en el Periodo de Transición», en *Revista Cubana de Derecho*, año 1, no. 2, octubre 1972, Instituto Cubano del Libro, La Habana, pp. 81-86.

con lo planteado anteriormente, la complejidad de la norma jurídico-tributaria que no goza de claridad, sencillez, ni es de fácil interpretación y presenta conceptos imprecisos y ambiguos que afectan su sentido y espíritu; la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, discrecionalidad administrativa, y de presunciones<sup>44</sup> que en Derecho Tributario tornan compleja la interpretación y aplicación de la norma.

Escenario distinto encuentra la Ley 113 en los momentos de su entrada en vigor, toda vez desde el punto de vista social no hay ya desconocimiento total de lo que entrañan las obligaciones tributarias, aunque los niveles de aceptación, satisfacción y comprensión de las cargas tributarias y las obligaciones de este ramo nunca alcanzarían puntos óptimos.<sup>45</sup>

No obstante, bajo criterio unánime, la nueva Ley representa un escaño completamente superior en lo que a ordenamiento jurídico se trata y la porción de este destinada al sector tributario,

<sup>44</sup> Ejemplos en la Ley no. 73, ya derogada, de estas situaciones complejas: «capacidad económica» (expresado en su art. 3), «según resulte más conveniente» (art. 25); «artículos suntuarios» (art. 26); y en el Decreto-Ley no. 169: «continuadores» (art. 33); respecto a los responsables «las personas que desenvuelvan cualquier actividad en interés de aquellas personas naturales o jurídicas, que carezcan de representación legal en el territorio nacional» (art. 38 inciso d); «capacidad de pago del contribuyente» (art. 76); «siendo obligatoria dicha solicitud de haber riesgo de incumplimiento» (art. 94); «evidencias ciertas» (art. 95); «otras fuentes no descritas anteriormente que generen ingresos» (art. 18 inciso d); «otros servicios que se presten en el territorio nacional» (art. 27); y «demás anuncios o elementos similares» (art. 65). En el Decreto Ley no. 169: «Se podrán exigir al sujeto pasivo, teniendo en cuenta su capacidad contributiva, pagos a cuenta del tributo que deban abonar anualmente [...]» (art. 75); «La Administración Tributaria, cuando así lo considere conveniente, autorizará el aplazamiento del pago de la deuda. El aplazamiento será sin fraccionamiento o con este [...]» (art. 76); «Excepcionalmente, el número de plazos de pago podrá elevarse, atendiendo a la capacidad de pago y al monto de la deuda [...]» (art. 76 inciso e); «La Administración Tributaria podrá de oficio o a solicitud, compensar los saldos acreedores de este [...]» (art. 82); «La autoridad competente para imponer la sanción, podrá graduarla con arreglos a [...]» (art. 109); «La Administración Tributaria podrá aplicar el régimen de beneficios e incentivos fiscales [...] para estimular el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias» (art. 110); y, «Los bienes muebles, inmuebles o semovientes embargados se tasarán si ya no lo estuvieren, previo acuerdo, por un perito designado por la Administración Tributaria, el que debe trabajar en una entidad estatal y poseer capacitación académica reconocida oficialmente o conocimientos prácticos especiales en alguna ciencia, arte o profesión, aunque no hubiere obtenido título oficial de capacitación» (art. 145).

<sup>45</sup> Ello responde a la tradición tributaria que acompaña a nuestro ordenamiento jurídico, ya analizada y que incide en todos los aspectos del sistema tributario, tantos los institucionales y normativos como los sociales propiamente dichos.

lo que a su vez impulsa y condiciona un Derecho Tributario también superior, indiscutiblemente.

En el plano de los mecanismos convencionales por los que la Administración Tributaria (Onat) lograría un mayor acercamiento hacia los contribuyentes y el resto de los obligados tributarios, el avance, es también notorio. Con independencia de que los propios avances aún se impregnen de formalidades, es palpable la disminución de la distancia entre una y otros, de manera que se enrumbe el camino hacia la accesibilidad y efectiva ejecución de las obligaciones tributarias, no solo para los sujetos pasivos, sino también para la Onat que también debe beneficiarse de tamañas ecuaciones.

En tal sentido, los temas fundamentales en los que el procedimiento tributario puede tener una terminación convencional están relacionados con el cumplimiento de la obligación principal o material de la relación jurídico-tributaria, es decir, el pago. Esta terminación convencional se centra en las formas en las que la propia Onat le permite al contribuyente proponer el aplazamiento de pago, a partir de la delimitación de los plazos y porcentajes que se ejecutarán por concepto de pago.

El aplazamiento de pago constituye una situación que implica obligaciones explícitas para cada una de las partes de la relación jurídica en la que se materialice. Si bien la parte que recibe el aplazamiento, ostenta temporalmente una situación de beneficio por la que puede cumplir aquella obligación primaria en un plazo de tiempo mayor que el originalmente concedido para ello, el quantum de su obligación no será alterado más allá del propio interés adicionable,<sup>46</sup> mucho menos minimizado. Por el contrario, la consecuencia bien puede ser la sumatoria de dos cargas fiscales distintas para un mismo ejercicio fiscal, aunque sea este el peor de los ejemplos; ello con independencia de que el incumplimiento del pago en los periodos previstos para ello en el acuerdo de aplazamiento, trae aparejada la resolución que revoque el acuerdo y la consiguiente apertura a la vía de apremio

<sup>46</sup> ARTÍCULO 78. Cuando se solicita el Acuerdo de Aplazamiento vencido el término de pago de la obligación, la Administración Tributaria determina la deuda tributaria, en este caso el Acuerdo comprenderá el importe del principal más el interés, el recargo por mora, y el importe de la multa por la sanción impuesta según la infracción en que haya incurrido el deudor. Aunque según la normativa vigente, el aplazamiento solicitado antes del cumplimiento del término para su pago, no conlleva la exigencia de recargos por mora ni sanciones fiscales. Ver Art. 75 Decreto 308.

y los procedimientos para el cobro forzoso de la deuda tributaria. Para la Administración Tributaria, por su parte, no constituye el aplazamiento de pago, la enajenación del crédito tributario, aunque tal decisión tenga implicaciones presupuestarias que trasciendan al principio de anualidad en la previsión y obtención de los ingresos, sino una garantía de su concurrencia a las arcas públicas, constituyendo esto una expresión más de aquel principio eficacia de la Administración, extensible por demás, evidentemente, al actuar de la Administración Tributaria. Esta garantía, además, lo debe ser también para el contribuyente u obligado tributario, pues el acuerdo de aplazamiento de pago deber ser ejecutado en toda su extensión por sus partes a lo que: ¿podrá la Onat revocar el acuerdo de aplazamiento, por razones de interés público, y ejecutar el cobro de la deuda tributaria por cualquier medio previsto en el ordenamiento?

De tal forma, el Decreto no. 308, de las Normas y Procedimientos Tributarios, complementario de la Ley 113 y también del propio año 2012, regula en varios artículos lo relacionado al aplazamiento de pago, a partir de lo dispuesto con carácter general en la Ley 113, vinculando la citada institución con el ejercicio de facultades discrecionales, de manera que el ejercicio negociado de la terminación del procedimiento tributario de pago parta, en principio, de las condiciones teóricas previstas para tales formas convencionales.

La propia concesión del aplazamiento de pago parte de una valoración de juicio de la Onat, quien lo entenderá conveniente o no.<sup>47</sup> Más que un acuerdo, por las implicaciones significativas que tal término tiene en Derecho, el aplazamiento de pago pareciera una adhesión del contribuyente u obligado tributario a determinadas condiciones de pago que la Administración impone ante la necesidad de aquella primera de garantizar su eficacia y la existencia de relaciones fluidas con el resto de los obligados tributarios. Sin embargo el acuerdo de aplazamiento en sí (no la solicitud hecha por el contribuyente sino su aceptación por la autoridad facultada) no es sino una representación de lo que ya vislumbráramos en notas anteriores: un acto consensual de tipo no sustitutivo, por demás, no vinculante, pues la resolución que pone fin al procedimiento puede contener aspectos completamente distintos, por cuanto el primero es solo un acto de trámite.

47 Ver Artículo 74 Decreto no. 308

Con independencia de estos criterios, el propio acuerdo de aplazamiento puede venir aparejado de pago fraccionado, con la combinación de ambas modalidades, lo que será determinado por la Onat a partir de su valoración de determinadas condiciones, otra vez, apelando a la discrecionalidad administrativa, o en el mismísimo seno de ella, en algunos casos, con extensión de los plazos originalmente concedidos, tal y como plantea el inciso c) del artículo 76.<sup>48</sup>

Con independencia de la imposibilidad de mayor autonomía en el citado acuerdo, el carácter negocial del mismo se realza cuando la norma prohíbe el establecimiento de recursos o reclamaciones en relación con los conceptos y montos por los cuales se solicita el mismo.<sup>49</sup> De tal forma, afianza el ordenamiento jurídico el carácter consensual de dichas terminaciones del procedimiento, si lo fueren y no trascendiere ello a ulteriores actos ejecutivos de la administración tributaria, otorgándole fuerza contra las que no proceda revisión. Esta posición, en base al principio de eficacia de la Administración tributaria, abre un nuevo período en el Derecho Tributario Cubano, en el que se legitiman con mayor fuerza, consolidan y ponderan los acuerdos o convenios entre Administración Tributaria y obligados tributarios.

Empero, la negociación del aplazamiento a partir de la presentación de su solicitud en los términos y condiciones establecidas y ante la autoridad competente, surtirá efectos si es aprobada, situación ésta en la que concurren causales de carácter discrecional, además de objetivas y subjetivas. Su negación debe comunicarse por escrito fundado.

<sup>48</sup> Artículo 76. Decreto no. 308: El Acuerdo de Aplazamiento puede ser con o sin fraccionamiento, pudiendo combinarse ambas modalidades, en cuyo caso la Administración Tributaria determina de acuerdo con los requisitos siguientes:

- a) El pago fraccionado se acuerda en plazos mensuales y sus cuantías se determinan tomando en cuenta los resultados del análisis financiero u otros análisis que estime pertinente. Cuando se trate de obligaciones corrientes la oficina tiene en cuenta las posibles afectaciones del Plan de Ingresos al Presupuesto del Estado del ejercicio fiscal, en los niveles correspondientes;
- b) el Acuerdo de Aplazamiento puede otorgarse en cualquier momento, ya sea en el período de pago de los tributos establecidos en la Ley del Sistema Tributario o una vez decursado el mismo; y
- c) excepcionalmente, de acuerdo con el monto de la deuda y la capacidad de pago del contribuyente, la cantidad de plazos puede elevarse por la autoridad correspondiente de la Administración Tributaria y conforme a las disposiciones que al efecto se establezcan.

<sup>49</sup> Artículo 77. Con la solicitud de Acuerdo de Aplazamiento se entenderá que el deudor renuncia al derecho a establecer reclamaciones o recursos en relación a los conceptos y montos por los cuales solicita el mismo.



No obstante la actitud morosa del obligado tributario pasivo, la norma vigente prevé la posibilidad de realización de un nuevo acuerdo entre Administración Tributaria y sujetos pasivos, reforzando ambas vertientes de la consensualidad, la eficacia de la administración por un lado, y por otro, la participación del obligado tributario en la consecución del crédito fiscal y el interés que le sucede al mismo.<sup>50</sup>

Si el aplazamiento de pago constituye el espacio donde el convenio encuentra abrigo los procedimientos tributarios de gestión, determinación, y control y los procedimientos de ejecución, también pueden ser objeto de acercamiento entre las partes, en alguna de sus fases trascendentales.

Dígase tal, por ejemplo, en los momentos en los que, sin haber concluido el término para el pago de las obligaciones tributarias, la Administración Tributaria pueda exigir la constitución de garantías, reales o personales, que aseguren el cumplimiento de la deuda tributaria.<sup>51</sup> En tal sentido, ambos, Onat y obligado tributario pasivo, pudieran convenir, en consecuencia con las posibilidades objetivas de la Administración de comprobar y velar por tales garantías, y las condiciones socioeconómicas de cada territorio-momento, en relación a cuáles garantías constituir y sus formas y medios, atendiendo a lo establecido en la legislación vigente.

En correspondencia con lo anotado en páginas anteriores, puede que sea factible valorar la existencia de una fórmula consensuada para los elementos de la base imponible de muy difícil precisión, incluso, para la propia Onat que se ve obligada a usar criterios de presunción jurídico-económica en los regímenes de determinación de la deuda que el ordenamiento jurídico le ha habilitado a saber:

- a) Determinación directa, que no trasciende hacia contornos imprecisos, como su propio nombre lo indica.
- b) Régimen de presunción directa, para determinar la base imponible del tributo mediante la utilización de índices objetivos referidos a magnitudes físicas, coeficientes o rendimientos de operaciones reales al alcance del contribuyente y de la Administración Tributaria. Se aplica cuando características particulares de dicha determinación la hacen muy compleja por el procedimiento directo. La sujeción a este régimen es

<sup>50</sup> Ver Artículo 89 y 90, Decreto no. 308.

<sup>51</sup> Tal prerrogativa aparece en el Artículo 416 de la Ley 113.

voluntaria aunque la Administración Tributaria, cuando la naturaleza del hecho imponible así lo aconseje, puede obligar a él. En estos casos, la propia norma pudiera permitir el ejercicio consensual en la determinación de la posibilidad de uso de tal régimen.

c) Régimen de presunción indirecta. Utilizado por la Administración Tributaria cuando la ausencia de declaración o la declaración incorrecta del respectivo obligado tributario no permita a esta el conocimiento de los datos necesarios para la determinación directa de la base imponible o los rendimientos; cuando estos se resisten u obstruyen la actuación fiscalizadora, incumplen sus obligaciones contables; o cuando la naturaleza misma del hecho imponible así lo aconseje, utilizando para ello cualesquiera de los siguientes métodos:

- a) Aplicando los datos o antecedentes disponibles que sean relevantes al efecto;
- b) utilizando aquellos elementos que indirectamente acrediten la existencia de los bienes y rentas o de los ingresos, ventas, costos o rendimientos que sean normales para el sector económico en que se produzcan; y
- c) valorando los signos o índices que concurren en los respectivos obligados tributarios, según los datos obtenidos.

Evidentemente cuando la actitud del sujeto pasivo no ha sido colaborativa, una forma convencional para el procedimiento de determinación de la deuda tributaria quizá no dé el resultado esperado, pues la naturaleza de esta es precisamente la de colaboración. Sin embargo, otro punto notablemente diferente para el Derecho lo significa: «cuando la naturaleza misma del hecho imponible así lo aconseje». En este caso, la propia imprecisión del artículo, roza con los principios de seguridad jurídica, certeza, equidad que deben acompañar a la relación jurídico-tributaria, convirtiéndose en una posibilidad real para que, de conjunto, Administración Tributaria y sujetos pasivos puedan adoptar una decisión sobre aquellos elementos inciertos que sea mucho más transparente, efectiva y, por ende, no derive en conflicto tributario.

### **A modo de conclusiones**

Las sucesivas transformaciones en la economía, sociedad y Derecho cubanos han propiciado el establecimiento y consolidación de nuevos cauces para el Derecho Tributario, no solo en su sentido

material, relacionado con la imposición, sino también en su sentido formal, enfocado directamente en los procedimientos tributarios de diversa índole que se realizan por la Administración Tributaria.

Precisamente uno de esos senderos noveles es el relacionado con la realización de acuerdos y convenios con la Administración Tributaria, que importan un significativo acercamiento entre aquellos dos pares, dirigidos a la eficacia de los actos de la Administración Tributaria, y por consiguiente, la materialización y logro del interés fiscal que se persigue. Ello es, sin más el logro de los fines de la política fiscal cubana definidos en el Tercer POR CUANTO de la Ley no. 113. En tanto medio para el logro de aquel fin superior, cada acto consensual debe estar en real concordancia con la legalidad, la eficacia y el resto de los principios del ordenamiento jurídico cubano, en tanto sus ventajas no indiquen solo la reducción de la conflictividad tributaria nacional, sino también la organicidad, sistematicidad y coherencia que implica todo ordenamiento jurídico. Estas cuestiones, en materia tributaria, debido a la sensible área que ocupa tal sector del Derecho, resultan trascendentales.

Por ello que en figuras como el aplazamiento de pago podamos identificar plenamente actos consensuados o convencionales entre la Onat y el contribuyente o el resto de los obligados tributarios pasivos, lo que realza la novel posición del ordenamiento jurídico cubano de romper barreras unilaterales en los procedimientos tributarios y, paso a paso, ir deduciendo las distancias entre uno y otros, conforme a los principios de la relación jurídico-tributaria

Empero, la construcción de los medios hacia el logro de la eficacia en la gestión y actuación tributarias, la consecución de los intereses fiscales y la satisfacción de las necesidades públicas, implicaría también la posibilidad de que la propia Administración Tributaria iniciase, en aquellas zonas grises y más complejas de interpretación uniforme y actuación equitativa, verdaderos acercamientos con el contribuyente, de manera que la gestión de aquella, además de eficaz, sea también transparente.

## El arbitraje interno en los organismos: el rabo de la lagartija

Narciso COBO ROURA\*

«La comisión de arbitraje debe ser un lugar utilizado constantemente, cada vez que se produzca un problema, porque es el lugar donde se reflejan las inexperiencias administrativas nuestras».

ERNESTO CHE GUEVARA<sup>1</sup>

### (I)

La creación del sistema de arbitraje estatal, a partir de lo acordado en el primer Congreso del Partido, a fin de solucionar los conflictos económicos, de carácter contractual que pudieran surgir en el ámbito empresarial, después extendido a otros sujetos, concitó la atención de todos los estudiosos del derecho económico y una buena parte de los mejores especialistas de las direcciones jurídicas de los organismos ramales, pasaron a integrar los órganos de arbitraje creados en estos. Eurípides VALDÉS LOBÁN, entonces asesor de la Dirección Jurídica del Ministerio de la Industria Alimentaria, fue uno de aquellos juristas que pusieron en ello todo su entusiasmo e imaginación.

En aquellos momentos, sin otros referentes cercanos y con el distante antecedente legal del arbitraje que había promovido en su tiempo el Che, se impuso una labor creativa e innovadora de todos los órganos que integraban aquel sistema incipiente de solución de conflictos económicos, a lo que supo contribuir con su permanente afán de estudio y conocimiento. Hoy, parece imponerse una reflexión crítica de la organización y funcionamiento de los grupos de solución de conflictos que, continuadores y herederos de dicho sistema, tienen a su cargo aquella labor jurisdiccional en el ámbito administrativo.

\* Máster en Derecho. Profesor Titular de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidente de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Económico y Financiero de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Vicepresidente de la Corte Cubana de Arbitraje.

<sup>1</sup> Ernesto CHE GUEVARA: *Apuntes Críticos a la Economía Política*, Centro de Estudios Che Guevara, Ed. Ciencias Sociales, La Habana, 2006. Acta de reunión bimestral del Consejo de Dirección del Ministerio de la Industria Ligera, de 10 de agosto de 1963.

Las presentes notas, a la par que de recordación, apuntan en esa dirección. «El análisis crítico de lo que existe se asienta en el presupuesto de que lo existente no agota las posibilidades de la existencia, y de que, por lo tanto, hay alternativas que permiten superar lo que es criticable en lo que existe».<sup>2</sup>

## (II)

La imagen del título no obedece a la fragilidad de la institución, que no creo sea el caso, sino por su capacidad de regenerarse. Y esta persistencia puede ser algo que reclame una especial atención.

Extinguido 25 años atrás mediante Decreto Ley no. 129,<sup>3</sup> al disponerse, con carácter general, la extinción del Sistema de Arbitraje Estatal (SAE), integrado en aquel entonces por el Arbitraje Estatal anexo al Consejo de Ministros y el Arbitraje Estatal adscrito a los Organismos de la Administración Central del Estado, este último no ha dejado de renacer una y otra vez.

En tanto los litigios económicos contractuales que estaban entonces sometidos al Arbitraje Estatal anexo al Consejo de Ministros, integrado por los Órganos de Arbitraje Estatal Territorial (OAET) y el Órgano de Arbitraje Estatal Nacional (OAEN), pasaron a las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares,<sup>4</sup> las controversias económicas y los conflictos económicos que hasta ese momento eran conocidos y resueltos por el arbitraje estatal adscrito a los Organismos de la Administración Central del Estado, pasaron a ser conocidos y resueltos administrativamente por dichos organismos, en la forma y mediante el procedimiento que regularan sus jefes, sin que pudieran estos ser sometidos a la jurisdicción de los tribunales populares.<sup>5</sup> De igual modo, las discrepancias internas que surgieran en la concertación de los contratos, convenios y otros documentos suscritos entre las empresas y demás dependencias que integraban la entonces llamada «unión»,<sup>6</sup> así como los incumplimientos que se produjeran en su

<sup>2</sup> Boaventura SOUSA SANTOS: *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Editorial Desclee de Brouwer S.A., 2003, Henao, 6 48009, en: [www.edesclée.com](http://www.edesclée.com)

<sup>3</sup> Decreto Ley no. 129 «De Extinción del Sistema de Arbitraje Estatal», de 19 de agosto de 1991, *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 9 de 19 de agosto de 1991.

<sup>4</sup> Decreto Ley no. 129, artículo 5, primer párrafo.

<sup>5</sup> Decreto Ley no. 129, artículo 5, segundo párrafo.

<sup>6</sup> Normas de la Unión y la Empresa Estatales, aprobadas por Acuerdo del CECM de 7 de julio de 1988, y publicadas como anexo al mismo en *Gaceta Oficial* ordinaria no. 34 de 8 de junio de 1989. La define como una «entidad económica con personalidad jurídica propia que constituye un sistema integrado por empresas, unidades básicas o ambas [...]», artículo 5.

ejecución, debían ser conocidos y resueltos por el consejo de dirección de la propia unión,<sup>7</sup> como agrupación empresarial.

Posteriormente, luego de transcurridos diez años de aquella medida legislativa, al reorganizarse la jurisdicción y competencia de las Salas de lo Económico de los Tribunales Populares mediante Decreto Ley no. 223,<sup>8</sup> se dispuso por este que los litigios promovidos por empresas subordinadas a un mismo organismo de la Administración Central del Estado, una vez agotada la vía administrativa de conciliación o solución arbitral, pudieran ser llevados a la vía judicial.<sup>9</sup>

No obstante el tiempo transcurrido, hoy subsisten algunas dificultades que aconsejan, sin embargo, retomar el tema y evaluar la conveniencia de introducir cambios que le hagan el espacio necesario que parece reclamar el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos. El propósito de estas notas no es otro que el de examinar algunos problemas presentes y promover su examen a la luz de los cambios que se operan en el modelo económico cubano y a los cuales, en nuestra opinión, pudiera contribuir.

### (III)

En primer término quizás deban examinarse las razones por las cuales el legislador estimó necesario distinguir entre los conflictos económicos que puedan surgir entre entidades subordinadas a un mismo organismo, y los que pudieran tener lugar entre entidades pertenecientes a una misma unión u organización superior de dirección empresarial.<sup>10</sup>

En el primer caso se trataba de organizaciones empresariales, cualquiera que sea la forma que estas adoptaran, subordinadas administrativamente a un mismo organismo que tenía entre sus funciones las de «ejercer la dirección de las entidades que le están

<sup>7</sup> Decreto Ley no. 129, artículo 5, tercer párrafo.

<sup>8</sup> Decreto Ley no. 223 «De la jurisdicción y competencia de las salas de lo económico de los tribunales populares», de 15 de agosto de 2001, *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 10 de 16 de agosto de 2001.

<sup>9</sup> Decreto Ley no. 223, artículo 1, apartado séptimo.

<sup>10</sup> Decreto Ley no. 187 «De las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial», de 18 de agosto de 1998, publicado en *Gaceta Oficial* ordinaria no. 45 de 25 de agosto de 1998, con anexo al mismo en *Gaceta Oficial* de 14 de septiembre del propio año. Se definió entonces como «una organización que agrupa un conjunto de empresas y unidades empresariales de base (que) tiene personalidad jurídica, no ejerce funciones estatales, ni administra directamente la producción de bienes y servicios de las empresas y unidades empresariales de base que agrupa [...]. Puede denominarse: unión, grupo empresarial, asociación, cadena o de otra forma que se determine».

subordinadas, estando obligados a respetar los derechos de sus empresas y dependencias según la legislación vigente, contribuyendo al desarrollo de su autonomía e iniciativa económica».<sup>11</sup>

En el segundo, se refería a empresas o unidades empresariales de base que formaban parte de una unión o grupo empresarial, dando lugar a una persona jurídica, de naturaleza policorporativa, constituida por diferentes entidades con personalidad jurídica propia, y que, en tal sentido, debía funcionar «como un complejo económico-productivo».<sup>12</sup>

En este último caso las empresas o unidades empresariales de base que forman parte de una unión o grupo empresarial, integran un «sistema» único, y quienes ostentan su representación como sujetos económicos, integran a su vez el consejo de dirección de dicha entidad, al que corresponde, entre sus funciones «conocer y decidir las discrepancias internas que surjan en la concertación de contratos, convenios y otros documentos suscritos entre las empresas y demás dependencias que integran la unión, así como los incumplimientos que se produzcan en su ejecución».<sup>13</sup>

En este sentido, es a sus propios representantes legales a quienes corresponde tomar una acción respecto al litigio del cual son partes, por tratarse de conflictos al interior de un sujeto —la unión o grupo empresarial— que cuenta con una personalidad jurídica independiente de los sujetos que lo integran, y que conforman un mismo «sistema» productivo.

Esta facultad, en cambio, atribuida inicialmente a los consejos de dirección de las uniones y grupos empresariales, —y esto es algo en lo que hay que reparar— quedó reservada posteriormente, de manera unipersonal, a los directores generales de las organizaciones superiores de dirección empresarial por el Decreto Ley no. 187,<sup>14</sup> perdiéndose con ello, en nuestra opinión, el carácter colegiado en la solución de los conflictos al interior de las mismas.

<sup>11</sup> Acuerdo del CECM de 21 de abril de 1994, no. 2817 para control administrativo; no publicado en *Gaceta Oficial*, Apartado Segundo, punto 18.

<sup>12</sup> Normas de la Unión y la Empresa Estatales, aprobadas por Acuerdo del CECM de 7 de julio de 1988, publicado en *Gaceta Oficial* ordinaria no. 51 de 12 de julio de 1988, y publicadas, como anexo al mismo, en *Gaceta Oficial* ordinaria no. 34 de 8 de junio de 1989, artículo 5.

<sup>13</sup> Normas de la Unión y la Empresa Estatales, *ibídem*, artículo 32, inciso g).

<sup>14</sup> Decreto Ley no. 187 «De las Bases Generales del Perfeccionamiento Empresarial», de 18 de agosto de 1998, publicado en *Gaceta Oficial Ordinaria* no. 45 de 25 de agosto de 1998, y publicadas como anexo al mismo en *Gaceta Oficial* de 14 de septiembre del propio año, apartado 2.1.3.13.

A su vez, al adoptarse el Decreto Ley no. 252<sup>15</sup> y su Reglamento, aprobado mediante Decreto no. 281,<sup>16</sup> la expresada facultad atribuida a los directores generales de las organizaciones superiores de dirección empresarial, quedó formulada en términos de «*exigir la solución de las discrepancias internas que surjan en la concertación de contratos y por incumplimientos en la producción y los servicios prestados entre las empresas que agrupa; decidiendo la solución que corresponda en cada caso*», reservando, de una forma u otra, la solución de los conflictos internos a la propia unión o grupo empresarial.

De ello que, tal como resulta del tenor del artículo 646, inciso j) del Decreto Ley 241,<sup>17</sup> en ningún caso, los conflictos que se promuevan entre empresas y organizaciones empresariales de base, pertenecientes a una misma unión o grupo empresarial, pudieran ser sometidos al conocimiento de un tribunal estatal, lo que quedaría reservado únicamente a los supuestos de entidades subordinadas a un mismo organismo, una vez agotada la llamada vía administrativa de conciliación o solución arbitral.

Esta exclusión, sin embargo, puede enfrentar, a nuestro juicio, un reparo importante: toda persona natural o jurídica tiene derecho de acceder al sistema de justicia y a una tutela efectiva de sus derechos e intereses.<sup>18</sup> El hecho de que se trate de una persona jurídica integrada a su vez por un conjunto de otras personas jurídicas, no debe impedir que estos otros sujetos que la integran puedan acceder a la jurisdicción ordinaria para asegurar una protección a sus derechos. En este sentido es una vía alternativa, y no tiene porqué entenderse como sustitutiva ni excluyente de la vía judicial.

<sup>15</sup> Decreto Ley no. 252 «Sobre la continuidad y el fortalecimiento del sistema de Dirección y Gestión Empresarial Cubano», de 7 de agosto de 2007, publicado en *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 41 de 17 de agosto de 2007, modificado posteriormente en dos ocasiones, cuya versión última se contiene en la *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 27 de 30 de mayo de 2014.

<sup>16</sup> Decreto no. 281 «Reglamento para la implantación y consolidación del sistema de Dirección y Gestión Empresarial Estatal», de 16 de agosto de 2007, publicado también en *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 41 de 17 de agosto de 2007, artículo 65, apartado 80, cuya versión última, luego de sucesivas modificaciones, se contiene igualmente en la *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 27, de 30 de mayo de 2014, apartado 79, con idéntica redacción.

<sup>17</sup> Decreto Ley no. 241 de 26 de septiembre de 2006, modificativo de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, por el que se incorporó a esta una Cuarta Parte «Del Procedimiento de lo Económico», artículos 739 al 829, publicado en *Gaceta Oficial* Extraordinaria no. 33 de 27 de septiembre de 2006.

<sup>18</sup> Ley no. 82 «De los Tribunales Populares» de 11 de julio de 1997, *Gaceta Oficial* extraordinaria no. 8 de 14 de julio de 1997, artículo 4, inciso e).



Para ponerlo de otra forma: la referida exclusión supone que el cumplimiento de los contratos que suscriben estas entidades entre si no pueda ser exigido en – o controlado por – los tribunales.

Esta situación solo se da, con toda propiedad, en el ámbito de la contratación internacional,<sup>19</sup> en la que una mayor autonomía de la voluntad posibilita a las partes sustraer cualquier conflicto que pueda surgir, del conocimiento de los tribunales, y someterlo al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de la asistencia y el control judicial que no obstante es ejercido por los tribunales del lugar en que se desarrolle el proceso arbitral o en que se pretenda ejecutar la decisión.

Por otra parte, estas uniones o agrupaciones de empresas, en otros países, por lo general no dan lugar a una nueva persona jurídica,<sup>20</sup> siendo asimismo de advertir que constituye un rasgo común de estas organizaciones superiores de dirección empresarial en nuestro país, el de carecer de un verdadero patrimonio propio,<sup>21</sup> dependiendo del financiamiento de las entidades que las integran, en contradicción con el requisito exigido para toda persona jurídica por el vigente *Código Civil*.<sup>22</sup>

No obstante, es lo cierto que a pesar de ello la condición de persona jurídica de la unión fue objeto de expreso reconocimiento<sup>23</sup> en el propio cuerpo legal. Esta contradicción, sin embargo, puede tener como explicación que al momento de promulgarse el *Código Civil* se encontraba vigente el Decreto 42 de 1979, «Reglamento General de la Empresa Estatal»,<sup>24</sup> como único marco legal de esta, conforme al

<sup>19</sup> Decreto Ley no. 241 de 2006, artículo 739.

<sup>20</sup> Algunos rasgos diferenciadores pueden verse en Rayza FRAGA: «Unión de Empresarios», en *Temas de Derecho Mercantil Cubano*, Colectivo de Autores, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005; y en COBO ROURA: «Notas sobre el régimen jurídico de la empresa estatal en Cuba» y «Reflexiones en torno al proceso de Perfeccionamiento Empresarial», en *Temas de Derecho Económico*, Colectivo de Autores, Ed. Félix Varela, La Habana, 2005.

<sup>21</sup> «El financiamiento de sus gastos, se lleva a cabo a partir de los aportes que las empresas y unidades empresariales de base realizan con cargo a sus gastos generales de administración [...]», en Normas de la Unión de la Empresa Estatales, apartado 2.1.2

<sup>22</sup> «Las personas jurídicas son entidades que, poseyendo patrimonio propio, tienen capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones». Ley no. 59 de 16 de julio de 1987, *Código Civil*, artículo 39.1

<sup>23</sup> «Son personas jurídicas, además del Estado: a) las empresas y uniones de empresas estatales.» Ley no. 59 de 1987, *Código Civil*, artículo 39.1.

<sup>24</sup> Decreto no. 42 «Reglamento General de la Empresa Estatal», de 24 de mayo de 1979, publicado en *Gaceta Oficial* ordinaria de 16 de junio del propio año, dictado en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Ley no. 24 de 15 de mayo, publicado en la propia *Gaceta Oficial*.

cual la unión de empresas debía funcionar sobre los principios del cálculo económico, contando con su propio patrimonio.<sup>25</sup>

Hoy, sin embargo, no es así y ello no deja de suponer limitaciones en materia de obligaciones y responsabilidad patrimonial en detrimento del principio de subsidiaridad consagrado en las Normas de la Unión y la Empresa Estatales,<sup>26</sup> lo que, por otra parte, obliga a reflexionar sobre la necesidad de sustituir ambas disposiciones legales, las que parecen haber agotado, en realidad, su capacidad reguladora.

#### (IV)

No obstante, es el segundo supuesto, relacionado con los conflictos surgidos entre empresas subordinadas a un mismo organismo, el que parece reclamar mayor atención y estudio.

Como herencia y en el lugar de los antiguos órganos de arbitraje estatal de los organismos, al desaparecer estos, y siguiendo la indicación dada por el legislador al extinguir el Sistema de Arbitraje Estatal, los organismos constituyeron diferentes tipos de órganos para solucionar los conflictos de carácter contractual que surgieran entre las entidades de su subordinación, y, pésele a quien le pese, no han dejado de reproducir, en lo fundamental, los mismos criterios de organización y procedimiento seguidos por los extintos órganos de arbitraje estatal.

Ello ha dado lugar a que, con independencia de que la fórmula del arbitraje fuera derogada en su día, hoy la mayor parte de los organismos con sistemas empresariales, la hayan recreado y cuenten con un órgano arbitral encargado de conocer y dirimir los conflictos contractuales que puedan surgir entre las entidades que se le subordinan, sin contar para ello con un marco legal que les pauté, de alguna manera, dicha función «jurisdiccional».

Dos problemas, al menos, pudieran resultar de ello: el alcance de dicha función y, asociado a ello, la forma y oportunidad en que puede y debe ser objeto de tutela judicial, a la que corresponde «amparar los derechos e intereses legítimos de los órganos, organismos y demás entidades estatales».<sup>27</sup>

En cuanto a la función dirimidora de conflictos por parte de los organismos, esta puede llevarse a cabo bien promoviendo

<sup>25</sup> Decreto no. 42 de 1979, artículos 4 y 3 «[...] debiendo cubrir sus gastos con sus ingresos, garantizando además un margen de ganancia».

<sup>26</sup> Normas de la Unión y la Empresa Estatales, artículo 131.

<sup>27</sup> Ley no. 82 «De los Tribunales Populares» de 11 de julio de 1997, Gaceta Oficial Extraordinaria no. 8 de 14 de julio de 1997, artículo 4 inciso e).

estas soluciones auto compositivas, de forma tal que sean las propias partes quienes puedan llegar por ellas mismas, o con auxilio de un tercero, a resolver sus conflictos; o bien asumiendo el llamado órgano de arbitraje interno, centralmente, una función propiamente jurisdiccional, y decidiendo estos los conflictos que le sean sometidos.

En nuestra realidad, el primero de estos supuestos, cualesquiera que puedan ser sus ventajas, está ausente. En rigor, no hay función conciliadora, no hay labor de mediación. Las fórmulas negociadoras y transactivas parecen tener poco espacio y menos comprensión.

Es el segundo supuesto, el que parece ser la razón de ser y el cometido central de estos órganos, en la generalidad de los organismos, con tres salvedades que hacer:

1. Que no todos los organismos con sistemas empresariales propios, contaban anteriormente con un órgano de arbitraje estatal, ni cuentan hoy con el consiguiente órgano de solución de conflictos;
2. Que, en sentido contrario, hay organismos que, mas allá de su sistema empresarial, incluyen en este las entidades que «patrocinan»; y
3. Que ninguno de los Consejos de Administración Provincial (CAP), con empresas y otras entidades que les están subordinadas, cuenta con un órgano para resolver este tipo de conflicto.

Ello, si por una parte deja fuera a «quien no puede», por otra «deja dentro a quien no debe».

## (V)

Esta función de carácter jurisdiccional, «adjudicativa» de derechos, los órganos de arbitraje de los organismos la han llevado a cabo, por regla general, siguiendo muy de cerca — o reproduciendo — el procedimiento establecido para el arbitraje estatal.<sup>28</sup>

Cualquiera que pueda ser la celeridad con que pueda ser conocida y resuelta una demanda, y el nivel de acierto de su decisión, el problema mayor parece estribar en su falta de eficacia, asociado a la falta de ejecutoriedad de sus decisiones. Este es un problema que, en alguna medida, parece perseverar en las estructuras administrativas

<sup>28</sup> Decreto no. 89 «Reglas de Procedimiento de Arbitraje Estatal», de 21 de mayo de 1981, publicado en *Gaceta Oficial* ordinaria, derogado expresamente por el Decreto Ley no. 241 de 2006.

y afectó en su día el funcionamiento de las primeras comisiones de arbitraje que se constituyeron en los organismos.<sup>29</sup>

A diferencia de las resoluciones dictadas por el arbitraje estatal, que resultaban definitivas, inapelables, firmes y ejecutorias desde el momento mismo en que eran adoptadas y comunicadas a las partes, estas no lo son. O corren la suerte de ser acogidas y se cumplen voluntariamente por la parte que venga obligada porque se imponga la racionalidad de la decisión, o puede postergarse de manera indefinida su cumplimiento, con graves consecuencias no solo para el funcionamiento de la economía empresarial, sino del país.

Basta media vez que la parte obligada por la decisión del órgano se resista al cumplimiento. No tiene que molestarse en impugnar la decisión, le alcanza con desconocerla. Tampoco puede la parte actora, a la que le haya sido reconocido y otorgado un derecho, acudir a la vía judicial para hacer efectiva la decisión. Esta carece de esa ejecutoriedad. Solo puede reiniciar de nuevo el procedimiento ante la Sala de lo Económico que resulte competente, sin que esta última tenga por qué entrar a considerar nada de lo actuado en la vía administrativa. También la pasa por alto. En este sentido, es desconocida y desatendida por partida doble.

Esto se ve acentuado por la naturaleza de los conflictos sometidos a estos órganos, que —al igual que en el caso de la jurisdicción estatal— constituyen fundamentalmente reclamaciones por impago de deudas, y que requiere, en muchos casos, la adopción de medidas cautelares asegurativas dirigidas contra las cuentas bancarias de los deudores, que escapan también a las facultades de estos órganos.

Ello dio lugar, en muchos casos, a que las partes, escudándose en el hecho cierto de que el arbitraje interno carece de facultades para conocer de un proceso ejecutivo, requerido de la intervención judicial, «construyeran» dicho proceso valiéndose para ello de la «confesión» o «reconocimiento» de la deuda por la entidad deudora, procediendo a su habilitación como título ejecutivo en un expediente de diligencia previa<sup>30</sup> ante las Salas de lo Económico, colocándose directamente en la vía judicial, evadiendo y sorteando la exigencia de un procedimiento ante el órgano de arbitraje del organismo al cual se subordinan, y desconociendo la norma que les impone agotar,

<sup>29</sup> Ley no. 1047 de 6 de agosto de 1962, *Gaceta Oficial* ordinaria no. 153 de 9 de agosto de 1963.

<sup>30</sup> Ley no. 7 «De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico» de 19 de agosto de 1977, artículos 487 al 491, publicada en la *Gaceta Oficial* de 20 de agosto del propio año.

en cualquier caso, la vía administrativa antes de acudir en busca de tutela judicial.<sup>31</sup>

## (VI)

El agotamiento de esta vía, por otra parte, puede ser igualmente razonable cuando se trata, en efecto, de buscar la forma más rápida, especializada y eficaz para resolver un conflicto, tomando en cuenta la proximidad de intereses presentes en un mismo sistema empresarial, pero, en ningún caso debe ser obstáculo para acceder a la justicia.

Como requisito de procedibilidad, el agotamiento de la vía administrativa ha sido —y es— una condición a satisfacer por la parte actora si quiere que su demanda sea admitida a trámite en la vía judicial. Sin embargo, no por ello deja de ser una exigencia que puede no justificarse en todos los casos, o de erigirse en ocasiones en un obstáculo o cuando menos en una demora innecesaria, sobre todo si al final se llega a un resultado que no puede hacerse valer ni asegurar su cumplimiento. Esto obliga a pensar la forma y oportunidad para comunicar el proceso con la tutela judicial.

Lo que no parece ser funcional ni práctico es la actual forma de resolver, en cuyo supuesto cualquiera que haya sido el cumplimiento riguroso del procedimiento por el órgano de solución de conflictos, y cualquiera que pueda ser el nivel de acierto en la elección, interpretación y aplicación del derecho, y por muy clara que sean sus motivaciones y fundamentos, basta media vez que la parte obligada simplemente se resista al cumplimiento de lo dispuesto para que todo ello caiga en saco roto, o que la parte actora inconforme reemprenda la acción ante los tribunales, para que estos desconozcan todo lo actuado precedentemente en sede administrativa y resuelva ex novo el asunto.

## (VII)

Un sistema de solución de conflictos no es solo un «hacer»; en realidad se trata de una institución,<sup>32</sup> como lo es el contrato, como lo es

<sup>30</sup> Ley no. 7 «De Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico» de 19 de agosto de 1977, artículo 646 inciso j).

<sup>32</sup> «*Institutions are the incentive systems that structure human interaction. [...] When we say institutions structure human interactions what we mean is that they provide incentives and disincentives for people to behave in certain ways*»: (Las instituciones son los sistemas de incentivos que estructuran la interacción humana. Cuando decimos que las instituciones estructuran las interacciones humanas lo que queremos decir es que estas proporcionan incentivos y desincentivos para que las personas se conduzcan de determinadas formas). Douglass C. NORTH: *The Role of Institutions in Economic Development*, Discussion Paper Series no. 2003.2, October 200, United Nations.

el mercado.<sup>33</sup> Y como tal puede y debe contribuir a la interacción de los diferentes agentes económicos y a asegurar la cooperación entre los mismos, inhibiendo las conductas infractoras y promoviendo una mayor seguridad en el ámbito de las relaciones inter empresariales.

En un contexto como el nuestro, en el cual las posibilidades de contratar un mismo producto o servicio con otra entidad son limitadas, tanto mas cuando se trata de contratos al interior de sistemas empresariales «cerrados» como los analizados, la posibilidad de identificar la causa del incumplimiento e incidir en su corrección o desarraigo, deviene una necesidad.

En defecto de proveedores<sup>34</sup> o vínculos alternativos («salidas»), el proceso de reclamación comercial («voz») cobra una especial importancia para asegurar la permanencia y perfeccionamiento de la relación («lealtad») y promover con ello, al interior de los respectivos sistemas, una mayor eficiencia empresarial. Este es el espacio y las funciones que le son propias a todo sistema de solución de conflictos.<sup>35</sup>

En un momento en el que se proyectan cambios en el sistema de los organismos de la Administración Central del Estado, y cobra una centralidad en las reformas emprendidas del modelo económico la separación de funciones estatales y empresariales,<sup>36</sup> puede ser inteligente y oportuno adelantarnos a pensar en el sistema de solución de conflictos que necesitamos y trabajar en su diseño. Las instituciones no son solo resultado de la espontaneidad, también se construyen. De ahí la importancia del Estado como «*el diseñador, el defensor y el reformador de muchas instituciones formales e informales*».<sup>37</sup>

En tal sentido no es ocioso preguntarnos si debemos limitarnos a configurar y reconocer esta vía alternativa como una modalidad de arbitraje «forzoso», o proponernos su reconversión a un sistema

<sup>33</sup> «*We should see the market as an institution which, both logically and historically, has no primacy over other institutions*»: (Debiéramos ver al mercado como una institución que, tanto lógica como históricamente, no tiene primacía sobre otras instituciones). Ha-Joon CHANG: *Globalization, Economic Development and the Role of the State*, Third World NetWork, Malasya 2003.

<sup>34</sup> Albert O. HIRSCHMAN: *Salida, Voz y Lealtad*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1977.

<sup>35</sup> «*The ability to resolve disputes is an important part of social and organizational capital*». (La habilidad para resolver litigios es una parte importante del capital social y organizacional). Joseph E. STIGLITZ: *Towards a new paradigm for development*, 9th Raúl Prebisch Lecture, UNCTAD, 19 October 1998.

<sup>36</sup> PCC, VI Congreso: Lineamientos de la Política Económica y social del Partido y la Revolución, de 18 de abril de 2011, Lineamiento 06.

<sup>37</sup> Ha-Joon CHANG: *El papel del Estado en la Economía*, Ediciones Ariel-Economía, México, 1996.

de arbitraje voluntario y favorecer la designación de árbitros y mediadores en calidad de expertos, que puedan ser designados, en una u otra función, y actuar con sujeción a reglas preestablecidas. Una u otra modalidad puede probar ser igualmente eficaz; lo que no sucede, sin embargo, con soluciones intermedias como la que tenemos hoy.

Criterios relacionados con el carácter permanente o no del órgano de arbitraje, la elegibilidad de los árbitros en su caso, los requisitos para su designación, las facultades de estos, el alcance de su competencia, el procedimiento, la recurribilidad o no de sus decisiones, la ejecutoriedad de estas, y su control judicial, deben ser objeto de consideración.

Lo importante, en definitiva, no parece ser «dónde» ni «quién» resuelva el conflicto, sino «cuándo» y «cómo» este se resuelve. Es la función, pienso, la que debe contar.<sup>38</sup> Asegurar el cumplimiento de los contratos económicos y afianzar con ello la consiguiente colaboración empresarial y la protección a los intereses de los actores económicos, con la necesaria inmediatez y eficacia, es lo que debe prevalecer.

Puede estar en juego, en primer término, la credibilidad misma de la empresa estatal y, por ende, del «estado empresario», y con ello, la del ordenamiento contractual, la existencia de una ética empresarial, y la confianza en los tribunales cubanos.

Dos razones al menos debieran movernos entonces en esa dirección: primera, que el arbitraje interno de los organismos, en rigor, no parece estar funcionando como debe funcionar; y, segunda, que el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, puede y debe funcionar mejor. Se requieren cambios. De lo contrario, quizás tengamos que decir como el poeta: «¡Qué pena, que sea así todo siempre, siempre de la misma manera!».<sup>39</sup>

<sup>38</sup> «Las instituciones son decisivas para el desarrollo, pero cada una de las funciones que cumplen tienen una multitud de opciones en cuanto a sus formas específicas», Dani RODRIK y Arvind SUBRAMANIAN, en «La primacía de las Instituciones», en *Finanzas & Desarrollo*, junio de 2003.

<sup>39</sup> León FELIPE: *Antología Rota*, Biblioteca de Clásicos y Contemporáneos, Editorial Losada, B. Aires, 1984, 10ma. edición.

**Los contratos bancarios**

Alejandro VIGIL IDUATE\*

**Derecho bancario**

La intermediación financiera y las funciones bancarias resultan un servicio de naturaleza pública que al Estado le interesa fomentar, pero igual controlar, pues es desempeñada por instituciones públicas y privadas dirigido a un público general, al que se le puede causar daño si no se le protege. En los servicios públicos generalmente no hay posibilidad de una competencia efectiva entre un número adecuado de oferentes independientes, por lo que deben ser prestados, o cuando menos regulados, por el Estado, para lo que, por método, la ley los califica de esa forma.<sup>1</sup>

Segmentada de las finanzas públicas se define la finanzas privadas, *private finance*, como «expresión que hace referencia a problemas monetarios, cambiarios y bancarios en general»,<sup>2</sup> donde ocupa primordial papel la actividad bancaria, como medio eficaz para el redireccionamiento de los recursos financieros desde los sectores superavitarios hacia los deficitarios, y de ese modo acciona en el desarrollo económico de una nación.

Para ello, la autoridad bancaria ejecuta la política monetaria aprobada por el Gobierno, definiendo la cantidad de dinero necesaria en circulación adoptando para ello las medidas necesarias, entre ellas, la emisión de moneda, estableciendo las tasas de interés, y con ello definiendo los niveles de crédito y de inversión estatal.

Aunque la actividad bancaria es antigua, si resulta de reciente definición el derecho bancario como rama o disciplina por la integridad que requiere, entendiéndose como un conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general. En definitiva,

\*Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

<sup>1</sup> Cfr. Carlos Felipe DÁVALOS MEJÍA: *Derecho bancario y contratos de crédito*, segunda edición, Oxford University Press, México, 1992.

<sup>3</sup> Héctor B. VILLEGAS: *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 7ma. edición, ampliada y actualizada, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 2.



las definiciones que sustentan que es la parte del Derecho objetivo que regula las relaciones jurídicas de las entidades de crédito en una definición excesiva, pues no todas las relaciones jurídicas en las que intervienen las entidades de crédito o financieras, son —por ese solo hecho— bancarias. No solo es necesario el elemento subjetivo, también tiene que estar presente el objetivo, pues si esa entidad, por ejemplo, compra algo para sí, no es un contrato bancario.

En nuestro escenario, pocos son los estudios de la materia.

Para ABDO CUZA, el Derecho bancario es una «rama del Derecho que estudia y contiene el conjunto de normas jurídicas que regulan la constitución, funcionamiento y supervisión de las instituciones financieras, así como la regulación de la operatoria de todos los medios de pago»,<sup>3</sup> concepto que amplía más adelante señalando que regula las relaciones jurídicas «entre los bancos y otras instituciones financieras y el Estado; o —entre los bancos y otras instituciones financieras entre sí; o —entre los bancos y demás instituciones financieras y la población».<sup>4</sup>

En tal concepto señalamos que la regulación de los medios de pagos no es lo único que como actividad se regula, así como que se siente la ausencia de relación del sistema bancario<sup>19</sup> con las personas jurídicas, las empresas, al restringirlas solo entre instituciones financieras y las personas naturales. Se señala como una rama del derecho, concepto atrevido, que merece profundizar.

En definitiva el derecho bancario es un conjunto de normas diversas: *constitucionales* (en nuestro contexto, solo existe mención en los artículos 17 y 75 g de la Constitución), *mercantiles* (en cuanto a las sociedades anónimas especiales bancarias, el préstamo mercantil, los títulos valores —el cheque, la letra de cambio y el pagaré—); *civiles* (los contratos en general); *económicas*, (para los contratos con esta connotación), *administrativas*, (sobre la autorización para la creación de bancos, e instituciones financieras no bancarias, cajas de ahorros o cooperativas de crédito), *fiscales* (opera como agente fiscal), *penales* (el enfrentamiento al lavado de activos resulta de extraordinaria importancia en estos tiempos), así como los *usos y costumbres* (como son las Reglas Uniformes sobre Crédito Documentario aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional, así como las Reglas de organizaciones internacionales, tales como VISA y Mastercard).

<sup>3</sup> Michelle ABDO CUZA: *Apuntes de Derecho Bancario*, Banco Central de Cuba, La Habana, 2011, p. 9.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 12.

Los continuos cambios operados en la actividad humana se reflejan en el derecho bancario, que se adecua constantemente a las nuevas situaciones, hoy influenciado por los adelantos tecnológicos que generan nuevas situaciones en materia bancaria por razones de conectividad y seguridad.

### Los contratos bancarios

Entendido como aquel contrato donde discurre los dos elementos, el subjetivo, pues al menos una de las partes debe ser institución financiera; y el objetivo, pues debe primar la actividad constitutiva del negocio bancario, igual son numerosas las definiciones del mismo. Para ARAUJO MÁRQUES es «*negócio jurídico bilateral, decorrente do encontro de vontades de duas ou mais pessoas, uma delas necessariamente instituição financeira, no desempenho de sua função cária, que produz, resguarda, modifica ou extingue direitos e gera obrigações jurídicas de cunho patrimonial*».<sup>5</sup>

Generalmente se regulan en las normas generales (civiles) y comerciales (mercantiles), de manera indistinta, convergente y fragmentada. Igual se regula en normas especiales, como leyes y sus reglamentos, así como por disposiciones del órgano de control bancario.<sup>6</sup>

Como características comunes de los contratos bancarios se señalan: que una de las partes es una entidad financiera (comerciante especializado), el objeto son operaciones bancarias, son naturalmente contratos de duración, emitidos en masa por la propia masificación de las operaciones bancarias, generalmente de adhesión, marcados en su contenido por el factor riesgo, basados en la recíproca confianza (propio del principio de buena fe), afectados por el deber de reserva (traducido en el secreto bancario) y con un fuerte arraigo en usos y costumbres.

### La disposición especial bancaria

Según lo dispuesto en el Decreto Ley no. 173, los contratos bancarios deben tener la forma escrita,<sup>7</sup> y pueden ser cancelados o

<sup>5</sup> Leonardo ARAUJO MARQUES: «Contratos Bancários: Polêmicas e Ilegalidades», *Revista da EMERJ*, v. 14, no. 53, 2011, p. 152.

<sup>6</sup> Cfr. Mario A. BONFANTI: *Contratos bancarios*, AbeledoPerrot, Bs. As., 1993, pp. 31-35; Eduardo J. BONEO VILLEGAS y Eduardo A. BARREIRA DELFINO: *Contratos bancarios modernos*, AbeledoPerrot, Bs. As., 1984, pp. 41-49; C. J. ZAVALA RODRÍGUEZ: *Código de Comercio comentado*, t. V, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, pp. 97-100 y 201-205.

<sup>7</sup> Artículo 37.- Todas las operaciones de crédito y garantía de las instituciones financieras deben ser recogidas en contratos escritos que expresen claramente los términos y condiciones de las transacciones.

reducidos los montos del crédito si el deudor brinda información inadecuada lo que debe ser notificado, pudiendo ser revocados los créditos sin aviso si el deudor viola las condiciones específicas en el contrato de préstamo, o cuando se conozca de información que cuestiona la capacidad de pagar el préstamo.<sup>8</sup>

En tal sentido, se aprecia que se reconoce que todas operaciones deben ser plasmadas en contratos escritos, lo que motiva a la confusión entre ambas instituciones. Así mismo, es cuestionable que la posibilidad de revocación del crédito sin previo aviso por violaciones del contrato o por conocimiento de informaciones económicas y financiera que cuestiona su capacidad de pago se regule solo a los contratos de préstamo. La práctica bancaria hoy lo ha extendido a todos los contratos bancarios, cuando solo una figura contractual es la que se encuentra regulada.

### **Los servicios bancarios según lo dispuesto por el Código Civil**

Aparece en un título, el XVI, que contiene cuatro capítulos, uno general y tres específicos. Su denominación, *Servicios bancarios* ya comienza a generarnos dudas, pues los servicios son actividades u operaciones, cuando más adelante regula «contratos de servicios bancarios», en una compleja redacción. Las operaciones tienen un contenido o sustento esencialmente económico, mientras que los contratos lo manifiestan en el plano jurídico. Un servicio u operación bancaria necesariamente no es un contrato bancario. De tal manera, cuando se anuncia servicios primero y contratos de servicios después, solo se regulan cuatro contratos, quedando la incertidumbre respecto al resto de los contratos ofertados por los bancos e instituciones financieras no bancarias, así como se regula más que contratos.

El artículo 444, en su numeral primero<sup>9</sup> señala la finalidad de los contratos de servicios bancarios en tres direcciones; *el ahorro, el servicio de pagos y el crédito*. En la fecha de su aprobación, 1987, la finalidad primera se encontraba dirigida a las personas naturales

<sup>8</sup> Artículo 36.- Las instituciones financieras pueden cancelar o reducir el monto de los créditos que hayan otorgado, si se determina que la información brindada por el deudor es inadecuada, en cuyo caso se le notificará expresamente.

No obstante, las instituciones financieras pueden revocar cualquier crédito sin previo aviso o notificación, en los casos en que el deudor haya violado las condiciones específicas en el contrato de préstamo o en los casos donde se conozca que la situación económica y financiera del deudor es tal, que origine cuestionamientos sobre su capacidad para pagar el préstamo.

<sup>9</sup> Artículo 444.1. Los contratos de servicios bancarios tienen por finalidad estimular el ahorro, facilitar el servicio de pagos y la utilización del crédito.

y las dos restantes a las personas jurídicas, las que hoy se ha extendido igualmente a las personas naturales,<sup>10</sup> de manera gradual pero incompleta, mientras que no se estimula el ahorro de las personas jurídicas, pues no se paga interés por los saldos en cuentas corrientes y no se promueve los depósitos a plazos.

Nos queda otra interrogante, pues este párrafo es general, y a continuación se regulan cuatro contratos específicos, pero sin referencia a esta relación, por lo que es de entender que el resto de los contratos ofertados por las instituciones financieras, y no regulados por la norma civil, igual resultan contratos bancarios, pero, ¿y si no tributan a estimular el ahorro, a facilitar el servicio de pagos y a la utilización del crédito, son bancarios? Por ejemplo, ¿la custodia de valores en cajas de seguridad, o la apertura de una cuenta de depósito a la vista, con los fondos por concepto de aportaciones dinerarias para el capital inicial de una sociedad mercantil o cooperativa, por la que los bancos no pagan intereses y si cobran comisiones? ¿Un cambio de moneda facilita el servicio de pago? De manera muy extendida su interpretación sería positiva, pero no parece ser de manera directa.

En su numeral segundo dicta el nivel de aprobación y regulación,<sup>11</sup> donde se mantiene una definición que desde una década posterior a la promulgación del citado código ya sufrió variación con el Decreto Ley no. 173, y se mantiene, pues a entidades bancarias corresponde «instituciones financieras», que bien pudo ser subsanada con el DL 289. Otra interrogante, ¿cuáles son las entidades bancarias definidas como *correspondientes*?, ¿la que ofrece el servicio, los bancos e instituciones financieras no bancarias; o la de regulación y supervisión, el Banco Central de Cuba? Hoy es indistinto, el propio banco comercial regula sus operaciones, y el Banco Central dicta las normas de general cumplimiento.

### **El contrato de cuenta de ahorro**

En su artículo 445 numeral 1 se regula el *contrato de cuenta de ahorro*,<sup>12</sup> donde la entidad bancaria, (lamentablemente continúa la no adecuación a utilizar como sujeto a los bancos, como ya fuera definido en el art. 1.1 del Decreto-Ley no. 173) se obliga a abrir una cuenta de esta clase (fíjese que la norma clasifica en clases a las

<sup>10</sup> Ya se había creado el Banco Popular de Ahorro.

<sup>11</sup> Artículo 444.2. El régimen de los servicios bancarios se establece por las entidades bancarias correspondientes.

<sup>12</sup> Artículo 445.1. Por el contrato de cuenta de ahorro, la entidad bancaria se obliga a abrir una cuenta de esta clase a nombre del interesado, ingresar en ella las cantidades que se depositen y reintegrarle el saldo total o parcialmente, según lo pactado.

distintas cuentas bancarias) a nombre del interesado (se utiliza este término como sujeto cuando corresponde cliente, pues el interés es previo), a ingresar en ella las cantidades que se depositen y reintegrarle el saldo total o parcialmente, según lo pactado.

En su segundo numeral, se regula la obligación por la entidad bancaria (continúa el error de no utilizar banco) al depositante (obsérvese que en el numeral anterior se definió como sujeto «interesado», y ahora «depositante», la misma figura con diferentes definiciones) de abonar los intereses según la tarifa establecida.<sup>13</sup> Tenemos entonces otra interrogante, ¿quién establece la tasa de interés?, ¿el propio banco, o la autoridad supervisora? Y continúa la indefinición, pues no se declara si es la tasa de interés al momento de pactarse el contrato o al momento de renovarse, que hoy opera así de manera automática y sin previo aviso y comunicación al cliente.

En virtud del artículo 5 del Decreto Ley no. 289, el Banco Central de Cuba (BCC) establece los rangos mínimos y máximos de las tasas de interés que las instituciones financieras aplican a los créditos personales. Por lo que entonces no es de aplicación para el caso del contrato de cuenta de ahorro, pues no es crédito del banco, en todo caso, es crédito dado por el cliente al banco.

La respuesta viene del artículo 17.11 del Decreto Ley no. 172, que otorga facultad al Banco Central de Cuba para regular el régimen de las tasas de interés en moneda nacional,<sup>14</sup> comisiones y demás condiciones aplicables a las operaciones de intermediación financiera en las demás instituciones financieras. Entendiendo el CUC como una moneda nacional, queda la interrogante de quien autoriza el régimen para las cuentas en moneda extranjera que aún se operan. Nótese que se utiliza el término «operaciones» en lo que se entiende por «contrato».

Y ello se complementa con lo regulado en el artículo 37 del Decreto Ley no. 304, que dispone las tasas de interés, entre otros aspectos, se acuerdan por las partes atendiendo a las disposiciones jurídicas vigentes.

En la operatoria bancaria aparecen como modalidades de la cuenta de ahorro: *Ahorro o Depósito a la vista*, de iguales características que la corriente, excepto que no admite extracciones mediante cheques y devenga un interés, *Ahorro para la Formación de Fondo*, *Depósito a plazo Fijo*, en la que se sitúan fondos temporalmente

<sup>13</sup> Artículo 445.2. La entidad bancaria está obligada a abonar al depositante los intereses según la tarifa establecida.

<sup>14</sup> No fue así en su creación, pero adquirió tal connotación *a posteriori*.

libres con el compromiso del titular de no mover los mismos en un plazo determinado y devenga intereses siempre que se cumpla con el plazo acordado y *Certificado de Depósito*.

En falta de una legislación bancaria, se utilizan las Reglas del Servicio de Ahorro Nacional, emitidas mediante Resolución número 76 de 1988, del Presidente del Banco Popular de Ahorro, con las adecuaciones que cada banco comercializa para atemperarlas a sus características.

### **El contrato de cuenta corriente bancario<sup>15</sup>**

En el artículo 446 del *Código Civil*, se regula el *contrato de cuenta corriente*,<sup>16</sup> también llamado contrato de cuenta de cheques. Se trata de un contrato típico bancario de depósitos a la vista, por el que se faculta al titular o titulares de la cuenta a efectuar depósitos y retiros de dinero, mediante la utilización de un título valor denominado «cheque bancario».

En la definición cubana se señalan las obligaciones principales, para el interesado el pago de una tarifa, y para el banco abrir la cuenta y ejecutar los pagos por orden del mismo que no excedan del saldo favorable. Merece señalar que el sujeto se define como «interesado», cuando corresponde cuentacorrentista o cliente, pues ya se interesó, es parte del contrato.

En la apertura de las cuentas corrientes, el cuentacorrentista debe depositar los fondos mínimos exigidos por el banco para garantizar su funcionamiento, lo que la convierte en «un contrato de depósito irregular de dinero, en el cual el depositario (banco) recibe del depositante (diente) fondos, con el deber de guardarlos y custodiarlos, a la vez que adquiere su propiedad y libre disposición, con la obligación de restituirlos en determinado momento».<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Se debe diferenciar del contrato de cuenta corriente mercantil, aquel por el que dos empresarios acuerdan regular las futuras relaciones crediticias que entre ellas puedan existir, fundiéndolas en dos masas indivisibles, de crédito la una y de débito la otra, de modo que solo al vencimiento de determinado plazo se haga exigible la diferencia. Cfr. Eduardo Rafael NÚÑEZ Y NÚÑEZ: *Contrato de cuenta corriente en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional*, Cultural S.A, La Habana, 1942.

<sup>16</sup> Artículo 446. Por el contrato de cuenta corriente, la entidad bancaria, mediante el pago de la tarifa correspondiente, asume la obligación de abrir una cuenta de esta clase a nombre del interesado y ejecutar pagos por orden del mismo que no excedan del saldo favorable.

<sup>17</sup> Marlie LEÓN SIMÓN: «Algunas consideraciones sobre el contrato de cuenta corriente bancario», en *Revista del Banco Central de Cuba*, no. 2, La Habana, 2003, p.19.

En la operatoria, el banco está facultado para emplear por cuenta propia los fondos recibidos, abonando los intereses sobre los saldos disponibles, y además de ejecutar pagos por orden del diente, también realiza cobros por cuenta de este, ya que el contrato de cuenta corriente incluye un pacto de disponibilidad por instrumentos de pago y un servicio de gestión (servicio de caja) que permite al depositante retirar o ingresar fondos en la cuenta, directamente o mediante un tercero, sin preaviso o aplazamiento de ninguna clase.

Sobre lo regulado en la norma civil cubana tenemos la interrogante sobre la operatoria de la cuenta corriente con sobregiro, descubiertos en cuenta o crédito, pues en tal situación, previa aprobación del banco se ejecutan pagos que exceden el saldo en cuenta obligándose el cliente-titular a su reintegro inmediato, solo que el beneficiario lo desconoce por los efectos del secreto bancario. Una aplicación del articulado del *Código Civil* impediría el sobregiro, pues solo autoriza a ejecutar pagos que no excedan el saldo favorable.

Pero el reglamento sí lo faculta, pues el artículo 18 de la Resolución número 248/2008, del Ministro Presidente del BCC, dispone que:

[...] en la operatividad de la cuenta corriente no se admite el sobregiro, salvo que fuere pactado por las partes o autorizado administrativamente, en cuyo caso, se puede cobrar una tasa de interés de sobregiro o aplicarse al saldo de cualquier otra cuenta o depósito a nombre del titular a fin de cubrir dicho sobregiro, y debitar los intereses y comisiones que se establezcan.

Si la ley civil cubana no permite los pagos que exceden el saldo favorable, ¿cómo se faculta por el BCC a operar las cuentas corrientes con sobregiro? Una solución es eliminar el límite señalado en la norma civil; otra variante sería facultar lo reglamentado e instrumentado.

Como complemento de lo dispuesto en el *Código Civil*, lo reglamentado por el BCC dispone que el contrato de cuenta corriente que se suscriba entre el banco y el titular tiene carácter de adhesión, que se requiere una cantidad requerida a depositar para la apertura de las cuentas y que debe mantener un saldo mínimo en estas y mantener una provisión de fondos para cubrir el pago de cheques u otros mandatos de pago que gire contra esta, y el banco queda obligado a ejecutar las órdenes de pago válidas, que solo pueden depositarse fondos obtenidos por las actividades autorizadas en el objeto social o empresarial del titular. Igual se dispone que las tarifas y comisiones que el banco

establezca en sus Términos y Condiciones (no en los contratos), pueden ser modificadas sin que se requiera notificación expresa.

Amplía estableciendo el BCC que las cuentas corrientes pueden cerrarse por mandato de la ley, disposición de autoridad competente, mutuo acuerdo de las partes, decisión unilateral o disolución, fusión o extinción, si es una persona jurídica, o muerte, si es una persona natural.

El contrato de cuenta corriente bancaria se clasifica como adhesión porque el cliente, titular de la cuenta bancaria, está obligado a aceptar las condiciones generales impuestas por la institución bancaria; oneroso, pues las prestaciones realizadas por el banco tienen una remuneración; puede tratarse de un contrato principal cuando existe de forma autónoma, o accesorio si su origen está relacionado con una operación de activo, por ejemplo, un contrato de crédito; es bilateral, ya que existen obligaciones derivadas de diferentes.

Las cuentas corrientes bancarias pueden clasificarse según la clasificación contable, en función de la posición deudora o acreedora del titular y del carácter de la obligación con el banco.

Cuando la posición del titular es deudor, estamos en presencia de la cuenta corriente de crédito, que no es más que aquel contrato de crédito disponible en cuenta corriente bancaria, abierta específicamente para recoger las operaciones de disposición y reintegro del crédito, funcionando como una cuenta corriente bancaria disponible a la vista hasta el vencimiento del crédito por los mismos medios que la cuenta corriente de depósito a la vista.

Cuando la posición es acreedora, el titular posee un saldo a su favor en una cuenta corriente, siendo una operación pasiva para el banco.

De la cuenta corriente aparecen como modalidades la cuenta Financiamiento, asociada a un financiamiento concedido por un banco, de la que solo se podrán realizar pagos en correspondencia con el objeto del crédito y se cerrará de forma inmediata una vez que se hayan utilizado los fondos; la *cuenta Plica o Escrow*, que se establece en virtud de un acuerdo de financiamiento y representa una garantía para el prestamista, ya que en la misma se depositan fondos o fluyen ingresos que aseguran la amortización de la deuda; la *cuenta de Administración de Fondos*, recibe fondos de otras cuentas del titular, abiertas o no en el mismo banco, solo se podrán realizar pagos a través de cheques de gerencia, transferencias bancarias y tarjetas magnéticas (tarjetas internacionales y tarjetas para compras mayoristas), o mover fondos hacia otras cuentas del propio titular; la *cuenta de Ingreso*, que recibe solamente ingresos para ser transferidos



a una cuenta corriente del propio titular, abierta o no en el mismo banco; *la cuenta para eventos*, que es una cuenta corriente para sufragar los gastos de un evento y *la cuenta para proyectos de colaboración financiados por donaciones*, igual es una cuenta corriente que se crea con el fin de administrar una donación destinada a la consecución de un objetivo.

Las cuentas bancarias pueden ser individuales o colectivas, en cuyo caso sus titulares personas naturales tienen que estar autorizados por la legislación vigente.

Por la unicidad o pluralidad de los titulares, pueden clasificarse en cuentas individuales y colectivas.

Las cuentas individuales son aquellas abiertas a nombre de una sola persona, natural o jurídica. Esta individualidad no impide que por medio de la concesión de poderes se designe a una o varias personas para que puedan operarla en régimen solidario o mancomunado. Estas cuentas, bien sean de firma única o colectiva, a todos los efectos son cuentas individuales, si bien en el control de las operaciones se tendrá en cuenta las disposiciones sobre las firmas.

Las cuentas colectivas son abiertas a nombre de dos personas o más y se clasifican a su vez en cuentas indistintas o conjuntas, pudiendo tener características mancomunadas o solidarias.

Las cuentas corrientes indistintas son las abiertas a nombre de dos o más personas para que puedan ejercitar cada uno de los titulares indistintos todos los derechos que se derivan del contrato de cuenta corriente, como situar fondos, hacer extracciones o cerrar la cuenta, sin necesidad de consentimiento de los demás, aun en caso de fallecimiento o incapacidad de uno o varios de los cotitulares, sin necesidad de la concurrencia del otro, por lo que otorga a cada uno de los cotitulares la facultad de disponer del total del saldo, a no ser que se establezcan limitaciones. Estas cuentas se caracterizan por las facultades solidarias de cada uno de los titulares, de tal modo que con la firma de uno solo de ellos se podrán ejercitar todos los derechos derivados del contrato de cuenta corriente.

Respecto a la titularidad indistinta de cuentas corrientes y propiedad del saldo, es de discusión que si quien es titular de una cuenta corriente es a la vez el propietario de su saldo en la parte que proporcionalmente al número de titulares le corresponda. La respuesta que se dé a esta cuestión es relevante pues afecta a cuestiones tributarias (quién ha de declarar los rendimientos; si es preciso incluir el saldo a efectos del Impuesto sobre Sucesiones en caso de fallecimiento de uno de los cotitulares siendo el otro heredero suyo; etcétera), a cuestiones de índole procesal (si es posible el

embargo del saldo de un titular aunque no haya ningún ingreso suyo en la cuenta), incluso a cuestiones que afectan al propio banco (si es posible la compensación de saldos deudores y acreedores cuando algún titular coincida). Pero, desde luego, el problema mayor se da cuando uno de los cotitulares realiza una disposición del saldo y el otro reclama la propiedad del dinero.

En este tema, las entidades financieras suelen acudir al criterio de la prudencia y exigir, para la disposición de la totalidad del saldo (habitualmente, cuando se trata de la cancelación de una imposición a plazo fijo), el consentimiento de todos los cotitulares mediante la firma de la operación. El argumento que suele utilizarse es que cuando haya una pluralidad de acreedores solidarios (y una cuenta corriente se configura como un depósito irregular donde existen varios depositantes), cualquiera de estos podrá hacer lo que sea les sea útil al resto de acreedores, pero no lo que les perjudique. En tal sentido, la cancelación de un depósito implica la extinción del mismo y por tanto perjudicará a uno de los titulares al producirse la terminación de sus derechos. Pero, cuando se trata de una disposición puntual, no suele haber esa cautela.<sup>18</sup>

<sup>18</sup> En ese sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de la República Argentina, de 15 de febrero de 2013, dictada el Recurso de Casación 1693/2010 y de la que ha sido ponente el magistrado SEIJAS QUINTANA. Se trata de una reclamación entre ex cónyuges que tenían pactado separación de bienes. El demandado había tenido la fortuna de su lado y a su madre le habían tocado casi seis millones en el sorteo de la Primitiva, habiendo otorgado una escritura pública en la que manifestaban que el 25% del boleto lo jugaba en realidad el demandado, por lo que ingresó en su cuenta la nada despreciable cantidad de un millón y medio de euros. Los cónyuges acabaron separándose y la señora reclamó el 50% de las disposiciones que el esposo había realizado en la cuenta, en base precisamente a la condición de copropietaria que le otorga el ser cotitular de la misma.

El Tribunal Supremo es contundente: «Es doctrina reiterada de esta Sala que la cuenta corriente bancaria expresa una disponibilidad de fondos a favor de los titulares de la misma contra el Banco que las retiene, no pudiendo aceptarse el criterio de que el dinero depositado en tales cuentas indistintas pase a ser propiedad de uno de ellos, por el solo hecho de figurar como titular indistinta, porque en el contrato de depósito, la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquel, en cuanto a lo depositado, por la designación de persona o personas que la puedan retirar. Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad. Por ello, el mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos o más personas, lo único que significa prima facie, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta».

En definitiva, para ser copropietario del saldo de una cuenta corriente, hay que acreditar que se han aportado fondos a la misma aparte de ser mero titular de la cuenta, o bien acreditar por otros medios que el importe depositado pertenece al cotitular de la misma.

En las colectivas mancomunadas o conjuntas, cualquiera de los titulares puede situar fondos, pero para las extracciones y cierre de las mismas, será necesaria la firma de todos los cotitulares.

El registro de la firma es una obligación, tanto del banco como del titular de la cuenta corriente, de registrar la firma de la o las personas que podrán dar y ejecutar órdenes al banco a nombre de la entidad o persona jurídica titular de la cuenta. El registro del facsímil le permitirá al banco cotejarlo con la que aparece en los instrumentos de pago librados contra la cuenta.

Presenta el contrato de cuenta corriente bancario el servicio de caja, como aquel conjunto de prestaciones especialmente bancarias, que el banco le prestará al titular de la cuenta corriente. A través de la cuenta corriente se cobra y paga cualquier transacción, se permite la utilización de cualquier medio de pago, y de cada movimiento se realiza la correspondiente anotación contable.

El Pacto de contabilidad es la disposición por la que el banco asume la responsabilidad de enviar al cliente el estado de cuenta donde debe aparecer la información de los movimientos de cuenta, el saldo final y los intereses si los hubiera. El saldo en la cuenta puede ser comprobado por su titular en cualquier momento. Si transcurre el tiempo establecido por el banco y el cliente no manifiesta su disconformidad, el estado de cuenta se considera válido, pues aquí se considera de validez *iuris tantum*, ya que es el cliente el que debe probar la improcedencia del movimiento en cuenta. Al respecto, la Resolución 19, de primero de marzo de 2012, dictada por el ministro-presidente del Banco Central de Cuba, dispone la obligatoriedad de la conciliación trimestral de los estados de sus cuentas bancarias mediante la emisión de un certificado expedido por el jefe máximo y el contador de estas entidades. Por el estado de cuentas se conocen los movimientos de los fondos de la entidad o compañía, y se convierte en un instrumento de control no solo para el banco sino también para la entidad o cliente.

Debe tenerse en consideración que por lo general el personal autorizado para operar los fondos de una empresa, normalmente es el mismo que revisa el estado de cuenta que envía el banco. Sin embargo, para que el estado de cuenta funcione como mecanismo de control es aconsejable que sea revisado, además, por un dirigente o ejecutivo de la entidad, a fin de chequear que el uso de los fondos

se corresponde con las decisiones adoptadas en la Junta o Consejo de Dirección de la entidad.

### **El contrato de préstamo bancario**

El próximo capítulo del *Código Civil* cubano, ahora reformulado su nombre como Préstamo Bancario y Apertura de Crédito, en virtud de la Disposición Final Primera, numeral 7, recoge estos dos contratos de especial importancia para el comercio.

En su artículo 447, número 1, dicta el *contrato de préstamo bancario*<sup>19</sup> con las modificaciones actuales dispuestas por el decreto-ley no. 289. Los sujetos se definen como institución financiera y prestatario. Se incorpora que la disposición de dinero es «de una sola vez», lo que motiva reflexionar cómo catalogar cuando el prestamista presta una cantidad total desglosada en varias «tomas» o «tramos», argot bancario que se utiliza cuando el cliente accede al préstamo por cantidades preestablecidas en diferentes períodos de tiempo. De una interpretación normativa, no es posible configurarlo como un préstamo por tomas, sino un crédito.

También se modifica en cuanto a que se reconoce lo que ya sucedía, los cobros de las comisiones y gastos por parte de la institución financiera. En realidad es una subsanación a una situación por la que las financieras cobraban a pesar de no encontrarse establecido en la ley. Igual se elimina la clasificación de legal al interés, en lo que es resultado de la modificación dispuesta por el artículo 15 de la Resolución no. 101/2012, BCC, que establece que para la determinación de las tasas de interés, tanto comercial como por mora, se toma como referencia los tipos bancarios.

### **El contrato de apertura de crédito**

Por el artículo 447.2, numeral incorporado por la disposición final 8 del mentado decreto-Ley no. 289, se incorpora a la base legislativa el *contrato de apertura de crédito*,<sup>20</sup> también llamado «línea de crédito» o

<sup>19</sup> Artículo 447.1. Por el contrato de préstamo bancario, la institución financiera pone a disposición del interesado una suma de dinero de una sola vez, para aplicarla a un determinado fin, y el prestatario queda obligado a la devolución del monto principal adeudado, y a pagar los intereses, comisiones y gastos que se estipulen en el contrato.

<sup>20</sup> Artículo 447.2 Por el contrato de apertura de crédito, la institución financiera se obliga a poner a disposición del interesado una suma de dinero, o a contraer por cuenta de este una obligación, para que haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidos. El acreditado queda obligado a la devolución de la suma de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y a pagar los intereses, comisiones y gastos que se estipulen.

«contrato de crédito simple», que presenta como principal diferencia con el préstamo su carácter continuado, pues siendo el préstamo de ejecución instantánea por el prestamista, aquí se extiende en el tiempo la obligación del banco.

Como sujetos refiere a la institución financiera por una parte, y por otra al «interesado» primero y «acreditado» posteriormente, en una construcción controvertida, pues el interés es previo y la acreditación es posterior.

Tiene su ratio legislativo en las medidas aprobadas para la implementación de la política bancaria dirigida a financiar las actividades por cuenta propia y otras formas de gestión no estatal, la producción agropecuaria y el otorgamiento de créditos a la población, por lo que se incrementa y diversifica la oferta de crédito por las instituciones financieras a las personas naturales. Antes de su regulación por la ley civil, se regulaba por disposiciones del Banco Central de Cuba, y realizaba solo con personas jurídicas.

Quedó por definir en la norma qué ocurre si no se expresa la duración de la disponibilidad, que en tal caso se considera de plazo indeterminado.

Igual no se define en cuanto a la disponibilidad, pues la utilización del crédito hasta el límite acordado extingue la obligación del banco, excepto que se pacte que los reembolsos efectuados por el acreditado sean disponibles durante la vigencia del contrato o hasta el preaviso de vencimiento. Asimismo, para protección del banco y del propio acreedor, se pacta que la disponibilidad no puede ser invocada por terceros, no es embargable, ni puede ser utilizada para compensar cualquier otra obligación del acreditado; aspectos estos que no aparecen reflejados en la norma cubana.

### **Otras regulaciones del Código Civil con incidencia en los contratos bancarios**

Ya desde 1993, al despenalizarse la tenencia de divisas se modificó el artículo 240, numeral segundo, por el Decreto Ley no. 140, al extender la facultad de autorizar el pago de las obligaciones en moneda extranjera, además de la ley, al gobierno y al Banco Nacional de Cuba, hoy entiéndase Banco Central de Cuba en virtud del Decreto Ley no. 172, y que igual debió ser subsanado por el Decreto Ley no. 289.

En el no. 242 se reformuló, pues de dos numerales, el primero en cuanto a la ilicitud de pactar intereses en relación con las obligaciones

monetarias o de otra clase, y el segundo descartando esa prohibición para las obligaciones provenientes de operaciones con entidades de crédito o de comercio exterior, ahora se mantiene el carácter ilícito de pactar intereses en las obligaciones monetarias o de otra clase, pero con la salvedad que en la legislación especial se puede disponer otra cosa, lo que da margen a la discrecionalidad del actuar del legislador y la administración, y en definitiva a la dispersión legislativa.

Ya anteriormente en el artículo 380 se había reformulado en cuanto a que en el préstamo de dinero entre personas naturales o entre ellas y las personas jurídicas, no puede pactarse intereses, salvo lo dispuesto en la ley con respecto a los créditos estatales y bancarios. Otra interrogante ¿Cuáles son los créditos estatales, si partimos de que los créditos son otorgados por los bancos?

### **Lo complementario y lo supletorio de la norma de contratos económicos**

El principio general de la autonomía de la voluntad, recogido en el artículo no. 3 del Decreto Ley no. 304, por el que las partes en el proceso de contratación gozan de plena autonomía para concertar aquellos contratos y determinar su contenido, que garanticen sus necesidades económicas y comerciales, en correspondencia con las prioridades económicas y sociales que se establezcan por el Estado, tiene su límite en el artículo 18 del Decreto Ley no. 289, por el que se obliga a operar una cuenta corriente en las instituciones bancarias (vuelve a utilizarse incorrectamente, pues el DL 173 los define como banco) a las personas naturales autorizadas a ejercer el trabajo por cuenta propia y otras formas de gestión no estatal, que obtengan ingresos brutos anuales iguales o superiores acincuenta mil pesos cubanos, o su equivalente en pesos convertibles según la tasa de cambio vigente para compra de pesos convertibles por la población.

Hoy resulta en muchos casos letra muerta, pues no existe la autoridad que imponga esta obligación, pues quien conoce de los ingresos al cierre del año solo tienen facultades en materia fiscal, aunque en ocasiones los propios bancos detectan esta situación por la utilización de instrumentos de pago con importes iguales o superiores al límite mínimo establecido y exigen su cumplimiento. A nuestro entender, operar una cuenta corriente debería ser uno de los requisitos esenciales para autorizar a operar como trabajador por cuenta propia en la modalidad de régimen general del Impuesto sobre Ingresos Personales

La norma general de contratos, Decreto Ley no. 304, en su artículo 7 dispone la intangibilidad del contrato, por la que ninguna de las partes puede unilateralmente modificar o extinguir el contrato, salvo las excepciones previstas en la ley o pacto en contrario, que en materia de contratos bancarios se encuentra dispuesta en el artículo 7 del Decreto Ley no. 289, con la salvedad de que solo para los créditos a las personas naturales, quedando pactado entre las partes en virtud de los contratos de adhesión firmados.

Y de contratos de adhesión regula el Decreto Ley no. 304, cuando en su artículo 17 numeral 2 incluye a los contratos bancarios en tal clasificación, pero señalando categóricamente en numeral posterior que no pueden contener cláusulas abusivas, lo que encuentra relación con el anterior artículo 4, sobre la igualdad de las partes y el carácter nulo de 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.

Nos corresponde a los operadores del derecho hacer valer estas definiciones en las negociaciones y en las salas de justicia.

Mención especial merece la acreditación de las partes, pues en el artículo 9 del Decreto Ley no. 304 se regula que se realiza mediante la exhibición de los documentos de creación o constitución de la persona jurídica, y de la inscripción en el registro público correspondiente que le otorga personalidad jurídica, y para el caso de las personas naturales mostrando sus documentos de identidad y, si procede, las licencias que evidencien su condición de sujeto de estas disposiciones.

Los representantes del sistema bancario defienden apasionadamente la necesidad de presentar al momento de abrir una cuenta bancaria, y en momentos posteriores cada vez que se solicita, una cantidad impresionante de documentación que justifique la condición del cliente, alegándose motivos de seguridad bancaria para evitar el lavado de activos, entre otros peligros. En lo que puede ser real tal preocupación, la falta de un sustento legal adecuado nos motiva a señalar su improcedencia hoy, por lo que de ser necesario, implicaría la necesaria regulación especial en una norma legal adecuada.

### **De manera conclusiva**

El derecho bancario presenta como características que es una rama o disciplina relativamente nueva, no existe uniformidad de su objeto de estudio, hay marcada indefinición del objeto de estudio a

partir de la diversidad de los sistemas financieros, existe profusión legislativa por la diversidad de temas que regula, y es de difícil compilación por la dinámica de su desarrollo y automatización.

En el contrato bancario discurren los dos elementos; subjetivo y objetivo, pues al menos una de las partes, debe ser institución financiera, y debe primar la actividad constitutiva del negocio bancario.

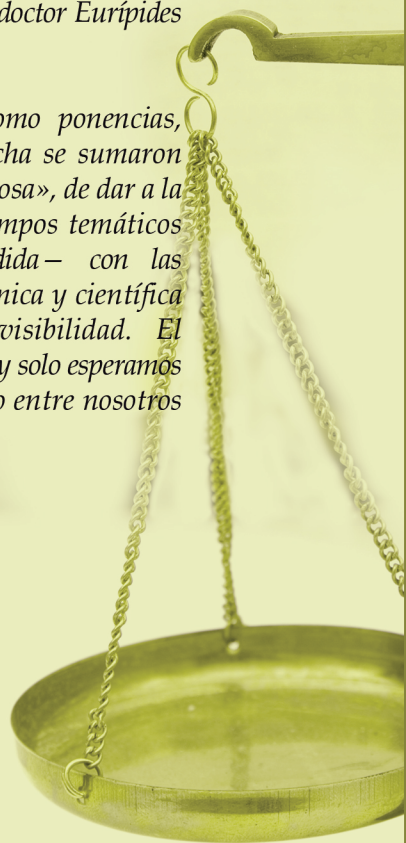
Resulta necesaria una actualización normativa, pues lo realizado de manera fragmentada, ha solucionado y mejorado, pero quedan temas pendientes por subsanar.





*En tiempos donde las cosas y los hombres pasan de modo vertiginoso, hacer un alto para honrar la memoria de quienes merecen ser recordados por lo que – en mayor o menor envergadura – han hecho en función de fomentar el desarrollo jurídico en nuestro país, no es sino algo de justicia, necesario y que, a no dudar, tributa de algún modo a ese propio desarrollo jurídico. Es por eso que la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, de conjunto con el Departamento de Derecho de la Universidad de Pinar del Río y la Unión de Juristas de esa provincia, organizaron la II Jornada Nacional de Historia del Derecho, evento que sesionó los días 1 y 2 de abril de 2015, en la ciudad vueltabajera, constituyéndose en un encuentro en homenaje al doctor Eurípides VALDÉS LOBÁN*

*Algunos trabajos de los allí presentados como ponencias, constituyen parte de este libro. Sobre la marcha se sumaron otros con la pretensión, nada «grande ni ambiciosa», de dar a la luz una obra colectiva en la que figuraran campos temáticos del Derecho relacionados –en alguna medida– con las principales zonas de la labor profesional, académica y científica donde el doctor VALDÉS LOBÁN cobró visibilidad. El resultado lo ponemos a consideración del lector, y solo esperamos que resulte de utilidad para seguir promoviendo entre nosotros el debate sobre temas jurídicos.*



ISBN 978-959-219-486-1



9 789592 119486 1



UNIVERSIDAD DE LA HABANA  
FACULTAD DE DERECHO



EDICIONES  
LOYNAZ