

## La defensa de la Constitución en el magno texto cubano de 2019 y su real expresión hasta 2021

*Julio Antonio Fernández Estrada\**

En el Derecho Constitucional se le llama defensa de la constitución a las formas políticas, institucionales y jurídicas, de protección de la constitución formal y material, es decir, de la constitución codificada, escrita o normativa y de la constitución realmente existente en forma de estructuras políticas e instituciones de poder.

La defensa de la constitución está relacionada con los principios de supremacía constitucional y de legitimidad de la propia constitución. Es imposible montar un sistema de normas y órganos de protección de la constitución, como cuerpo normativo y como efectividad política concreta, sin que prevalezca antes y como principio indubitable y rector del sistema jurídico, la supremacía constitucional, que establece una jerarquía en el ordenamiento jurídico y en el sistema político, encabezada por la constitución o ley de leyes.

La legitimidad del proceso de creación y aprobación de la constitución formal y de su expresión política material viene dado por el consenso popular y el carácter democrático de los mismos. Esto es resumible de la siguiente manera: no merece ser defendida o su autodefensa es injustificable, una constitución que no cuente con el fundamento democrático de su nacimiento y su realización política constante.

Antes de las formas estrictas de defensa de la constitución se reconocen, también, como presupuestos de la protección de una constitucionalidad, al principio de división de poderes y a la regulación de garantías constitucionales al ejercicio de los derechos humanos o fundamentales.

La división de poderes, esbozada y desarrollada en el pensamiento moderno en los siglos XVII y XVIII, sobre todo por pensadores como John Locke y Montesquieu, aparece en la Constitución francesa de 1791, en su forma jurídica y desde ese momento se considera que no hay constitución sin

---

\*Julio Antonio Fernández Estrada es Doctor en Ciencias Jurídicas y Licenciado en Derecho e Historia. Profesor, Universidad de La Habana, 1999-2016. Facultad de Derecho 1999-2012; Centro de Estudios de Administración Pública, 2012-2016. Actualmente es columnista de *On Cuba y El Toque*.

que este principio impere, cosa que el constitucionalismo socialista piensa de otra manera.

Por otro lado, un régimen de garantías jurídicas, procesales e institucionales para la protección del ejercicio de los derechos individuales y colectivos protege a su vez una de las paredes de carga de cualquier constitución, que es la defensa de los derechos humanos que ella contiene.

Dentro de la defensa de la constitución se encuentra una de sus primeras formas jurídicas, considerada parte del esquema constitucional moderno: la cláusula de reforma, que regula el procedimiento, protegido por la misma Carta Magna, por el cual se reformaría la constitución, parcial o totalmente.

La importancia de esta parte de las constituciones de primera generación ha sido tan grande que produjo una clasificación usual en el Derecho Constitucional como es la de constituciones rígidas o flexibles. Las primeras serían las que ostentan cláusulas de reforma difíciles de vencer, que pueden llegar a concebir contenidos irrevocables o no modificables dentro de estos documentos o procedimientos engorrosos desde el punto de vista político y procesal. Por su parte, las constituciones flexibles serían aquellas que dibujan escenarios de reforma constitucional asequibles para grupos políticos, instituciones, diputados, ciudadanía, en pos de la iniciativa y logro de la modificación de la constitución.

La práctica judicial norteamericana creó, a inicios del siglo XIX, el ya célebre método difuso de control de la constitucionalidad que permite la defensa de la Constitución de 1787 a todos los niveles del sistema judicial de los Estados Unidos de América, es decir, por cualquier juez federal, con la posibilidad de interpretación y declaración de inconstitucionalidad final en manos de la Corte Suprema de Justicia.

En la Constitución de Austria de 1920, se presentó una alternativa a esta forma de defensa de los magnos textos legales. Ideada por Hans Kelsen, la forma concentrada o política de control constitucional consiste en la existencia de un órgano especializado en la custodia jurídica de la Constitución.

Por último, se reconoce como parte de la defensa de la constitución, a las regulaciones sobre situaciones excepcionales que las mismas cartas magnas recogen, en forma de estado de excepción, estado de emergencia, estado de sitio, de alarma, de guerra, etc.

El origen histórico de estas regulaciones está en la magistratura republicana romana de la Dictadura, forma política excepcional que se elegía para resolver situaciones de peligro inminente para la república, en forma de guerra u otra calamidad. Unas de las características principales de esta

magistratura era su temporalidad limitada de seis meses y su carácter no legislativo sino emergente.

Como es conocido, del uso tradicional del término dictadura, por los continuadores del republicanismo, desde la antigüedad hasta nuestros días, en su significado estricto de protección excepcional de la república durante un tiempo determinado por la ley, se pasó al enlodamiento del concepto, relacionado de forma usual, desde el siglo XX hacia el presente, con regímenes autoritarios, militares, antidemocráticos, de facto, contrarios al estado de derecho y violadores de los derechos humanos.

Por esta razón, la regulación actual de las situaciones excepcionales no se identifica ya con aquella magistratura antigua, pero podemos seguir su expresión, apegada al sentido original, en el pensamiento de Carlos Marx o de Simón Bolívar, en el siglo XIX, por poner dos ejemplos no directamente relacionados.

### **La defensa de la constitución en el magno texto de 2019 en Cuba**

La Constitución de la República de Cuba, de 2019, reconoce, por primera vez desde la declaración del carácter socialista de la revolución, en 1961, el principio de supremacía constitucional- art 7-, la obligación de los funcionarios públicos de dar respuesta al pueblo- art 10- y la existencia de derechos humanos-art 41-.

También ha consagrado el estado socialista de derecho-art 1- y ha mantenido principios como el de legalidad-art 9- y democracia socialistas-art 101-.

Esta democracia socialista proviene del carácter soberano del pueblo cubano-art 3- y su expresión estatal, constitucional desde 1976, de Poder Popular, y es la alternativa al principio de división de poderes, sustituido en Cuba por el de unidad de poder.

Esta constitución prevé, también, la existencia de un partido político único-art 5-, fuerza dirigente de la sociedad y el estado, lo que plantea un reto enorme a las instituciones y normas creadas para desarrollar la defensa de la constitución.

Aunque el Partido Comunista de Cuba no se declara, jurídicamente, por encima de la legalidad ni de la supremacía constitucional, este ha sido explicado como un ente que no puede recibir directrices de la constitución, como fue el caso del Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos, de la Asamblea Nacional del Poder Popular, Dr. José Luis Toledo Santander, que defendió este carácter supraconstitucional del par-

tido, durante las discusiones del Proyecto de Constitución, en sesión del órgano legislativo cubano.

La Constitución de la República continuó la tradición de la Carta Magna de 1976 de concebir un frágil régimen de garantías constitucionales a los derechos, pero supera a aquella al incluir principios del debido proceso-art 94- e instituciones jurídicas garantistas como el habeas corpus-art 96- o el habeas data-art 97-, así como un proceso judicial de reclamación por daños causados por funcionarios públicos- art 98- , un anuncio de una especie de amparo cubano a los derechos humanos por vía judicial-art 99- y la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes con las excepciones conocidas de las normas favorables a los reos penales y de la utilidad pública en el resto del derecho positivo-art 100-.

También es aplaudible la regulación de Garantías a los Derechos de Petición y Participación Popular Local, en el artículo 200 de la Constitución y dentro del Capítulo de los Órganos Municipales del Poder Popular, entre las que destaca la posibilidad de las Asambleas Municipales de convocar consultas populares, recibir propuestas de la población, e informar a la población sobre decisiones de interés general, entre otras.

La fragilidad del sistema de garantías cubano se manifiesta en la manera en que la constitución trata a los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Cuba-art 8-. Prevalece una gran cantidad de excepciones previstas como límites al ejercicio de los derechos humanos, como es el caso de la libertad de movimiento- art 52- , de la libertad de prensa-art 55- , y de reunión, asociación y manifestación-art 56-, así como a la gran profusión de invocaciones a leyes de desarrollo de derechos humanos, lo que abre la puerta a una interpretación peligrosa sobre el carácter no normativo ni imperativo de la constitución o lo que es lo mismo, su no consideración como norma de aplicación directa.

Más preocupante aun es la declaración constitucional de que la ley regulará los derechos que serán protegidos por vía judicial, lo que permite avizorar un entramado limitado de defensa jurisdiccional de los derechos humanos.

A lo anterior se suma que, en cumplimiento del mandato constitucional, contenido en la Disposición Transitoria Decimosegunda del magno texto de 2019, se debió aprobar una ley para hacer efectivo el procedimiento judicial de protección de los derechos humanos, previsto en el artículo 99 de la constitución, y esto debió suceder, según esta disposición, dieciocho meses después de la entrada en vigor de la ley de leyes. Así mismo fue contemplado por el Cronograma Legislativo aprobado por acuerdo de la Asamblea Nacional, pero un nuevo acuerdo modificó al primero para aplazar algunos

procesos legislativos, por los problemas causados por la pandemia de la Covid-19. Entre las leyes que se aplazaron está la que debe crear salas constitucionales en los tribunales populares cubanos.

Por otra parte, la Constitución de la República contiene en su Título XI lo relativo a la Reforma Constitucional-art 226- y continúa consagrando a la Asamblea Nacional como único órgano constituyente y por lo tanto como único órgano capaz de reformar a la Carta Magna, de forma parcial o total.

Una novedad se introdujo en lo relativo a la iniciativa de reforma constitucional, porque ahora entre los sujetos con esta capacidad se encuentra el presidente de la República y 500000 ciudadanos mediante petición realizada ante el también nuevo, Consejo Electoral Nacional- art 227-.

Es importante aclarar, que la nueva Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional ha previsto, como requisito ineludible para el ejercicio de las iniciativas populares legislativa y de reforma constitucional, la presentación de un certificado de elector que debe expedir el flamante Consejo Electoral Nacional, que hasta el día de hoy no ha creado dicho certificado ni ha instrumentado un trámite para su petición.

La cláusula de reforma constitucional cubana prevé la realización de un referendo popular confirmatorio de una nueva constitución cuando la reforma haya incluido temas relacionados con las atribuciones de la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado, el presidente de la República o los derechos, deberes y garantías previstos en la Carta Magna- art 228-.

De igual manera existen algunos contenidos intangibles en la Constitución de 2019. No son reformables el carácter socialista de los sistemas político y económico cubanos y la prohibición de negociar bajo amenaza o coacción de potencia extranjera-art 229-.

El Capítulo IV del Título X de la Constitución de 2019 consagra las Situaciones Excepcionales y de Desastre, que en el artículo 222 incluye, por primera vez desde 1959, el principio de seguridad nacional junto al de defensa nacional, que ya existía en la Constitución de 1976 y la reforma de 1992.

Este artículo recoge las situaciones de Estado de Guerra, Guerra, Movilización General y Estado de Emergencia. Hasta el momento no se ha aprobado la ley que desarrolle este nuevo orden de cosas, por lo que sigue vigente la Ley de Defensa Nacional, que no considera a la seguridad nacional como variable.

Por último, nos referiremos al control constitucional, previsto en la Constitución de 2019 en el artículo 108, entre las atribuciones de la Asamblea Nacional. En el inciso e de dicho artículo se lee que la Asamblea debe "ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley". De la misma manera, el inciso g refrenda que este mismo órgano puede "revocar total o parcialmente los decretos leyes, decretos presidenciales, decretos, acuerdos o disposiciones generales que contradigan la Constitución o las leyes". Las mismas atribuciones se encuentran también en el inciso h para los acuerdos de los gobiernos locales.

Aunque el control constitucional previsto en la Constitución de 2019 padece de los mismos problemas que ya sufría la Constitución de 1976, dígase, sobre todo, la inexistencia de un órgano independiente y especializado en la defensa de la constitución, así como la desconexión de Cuba de los modelos de control más usuales, -es decir, no formamos parte de los países que recogen un control difuso y tampoco tenemos un control concentrado político ni mixto, por la ausencia marcada de un tribunal constitucional-, es importante aclarar que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Asamblea Nacional ha previsto la posibilidad de la iniciativa popular de inconstitucionalidad, por medio de la presentación de una petición de este tipo por al menos 500 personas, previa muestra del mencionado certificado de electores-art 156 1 h y 2-.

En esta misma norma, pero en el artículo 169.1 se regula la promoción de revocación total o parcial de acuerdos de las Asambleas Municipales del Poder Popular por 50 ciudadanos acreditados como electores.

El artículo 172 de esta norma de organización de la Asamblea Nacional prevé una reserva de interpretación para este mismo órgano legislativo en cuanto a leyes que regulen derechos, deberes y garantías, así como integración de los órganos superiores del Estado.

Por último, el artículo 263 de la misma Ley de Organización que venimos citando, regula que el Consejo de Estado solo puede derogar leyes de forma excepcional, limitación que salva, al menos formalmente, la gran contradicción existente durante más de cuarenta años, entre la facultad legislativa de la Asamblea Nacional y su breve repertorio de leyes frente a un Consejo de Estado que produjo, desde 1976 hasta 2019, tres veces más Decretos Leyes, con alcance general, que las leyes aprobadas por el máximo órgano del Estado, siempre según la Constitución de 1976.

## **Conclusión**

La constitución formal siempre sufre frente al espejo porque la imagen que se muestra es la de la constitución material, que descubre lo que realmente somos o hemos podido ser. La Constitución de la República de Cuba de 2019 nació con bondades en su versión legal y con limitaciones, como cualquier otra de su tipo en la historia, pero su cara a dos años de vigencia, su expresión material es lo que más preocupa, porque los acontecimientos políticos, sociales y económicos de la mayor isla del Caribe la han puesto contra la pared y hasta ahora no ha respondido como sus votantes esperaban de ella.

La legitimidad de la Constitución de 2019 ha estado en vilo desde que el mecanismo de procesamiento de datos de la consulta popular, anterior al referendo aprobatorio, no permitió el acceso a una estadística transparente sobre las opiniones de la población y su posterior conversión en modificación de contenidos del texto constitucional.

La constitución de la propiedad privada y la inversión extranjera no ha podido expresarse en reforma económica que propicie el fomento de las pequeñas y medianas empresas, ni de las cooperativas no agropecuarias, ni de la captación de grandes ni medianas inversiones extranjeras, y menos de la inversión de los cubanos y cubanas de la diáspora.

La crisis política en Cuba ha llegado a niveles inéditos desde 1959, desde que a finales de 2020 se mostraron de forma pública, reclamos de intelectuales, artistas, ciudadanos en general, sobre todo a favor de la libertad de expresión y la libertad de creación artística.

Los hechos del 11 de julio de 2021, en más de treinta ciudades de Cuba, de forma sincronizada y multitudinaria, en forma de estallido social de reclamación de libertad y derechos sociales, que se consideraban la columna vertebral de la legitimidad del sistema socialista cubano, ha puesto en tensión la existencia legal de los derechos humanos en la constitución y a su régimen de garantías incipiente.

La inexistencia del prometido amparo jurisdiccional, la proliferación desde noviembre de 2020 de procesos penales sumarios, con escasas garantías para los acusados, la criminalización de la protesta del 11 de julio, leída oficialmente como un estallido orquestado en los Estados Unidos de América, demuestran que no ha bastado con la regulación constitucional de los derechos humanos, porque de lo que se trata es de un sistema jurídico y político dominados por la política de plaza sitiada, mantenida por el Partido Comunista de Cuba y alimentada por el largo bloqueo-embargo del gobierno norteamericano al pueblo y gobierno cubanos.

El Estado de derecho cubano no cuenta con instituciones independientes

defensoras de los derechos humanos como una Defensoría del Pueblo o un Tribunal Constitucional, ni con leyes de desarrollo de derechos políticos y civiles, ni con la prohibición de discriminación por motivo de distinta ideología, ni con el derecho de creación de organizaciones políticas distintas al partido dominante.

La defensa de la constitución en Cuba se encuentra ante un dilema del que dependen otros derroteros. ¿Se trata de proteger una constitución bajo tensión por sus contradicciones esenciales de soberanía y legitimidad, de mantener un orden constitucional antes que un estado de facto, o se trata de reconstruir la república desde una constitución defendible, que contenga ciertamente un nuevo pacto social y un equilibrio deseable entre el poder real y las libertades individuales y colectivas?