



Le invitamos a visitar nuestro sitio en la red,  
<http://ctp.iccas.miami.edu>, versión en español.

## LOS DERECHOS A LA PROPIEDAD EN LA CUBA POST-CASTRO

Oscar M. Garibaldi y John D. Kirby

\*Este trabajo, junto con el “Esquema de un programa para el restablecimiento de los derechos a la propiedad por un gobierno cubano democrático”, incluido aquí como apéndice, son versiones actualizadas y ampliadas de trabajos publicados en el volumen de 1995 del *Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Miami*. Los autores agradecen al Instituto de Estudios Cubanos y Cubano-Americanos de la Universidad de Miami por invitarlos a poner al día los trabajos de 1995 como parte del Proyecto sobre la Transición en Cuba, del Instituto. Los autores reconocen con gratitud la ayuda y sugerencias de Elizabeth A. Snodgrass y Raymond Atkins para la actualización, y reiteran su agradecimiento por los comentarios y sugerencias aportadas por Brice M. Clagett, Philip R. Stansbury, Willian H. Allen y Michael P. Socarrás sobre el trabajo publicado originalmente.

Aunque la firma Covington & Burling ha asesorado clientes que han presentado reclamos por expropiación contra Cuba, las opiniones expresadas en este trabajo corresponden únicamente a los autores, y no necesariamente coinciden con las de ningún cliente de Covington & Burling.

Las opiniones expresadas en este trabajo no reflejan necesariamente las del Gobierno de los Estados Unidos.

Copyright © 2002 por la Universidad de Miami, Oscar M. Garibaldi y John D. Kirby.

Los datos biográficos de los autores aparecen al final del estudio.

## I. Introducción

Al terminar el régimen de Castro, el pueblo cubano enfrentará la monumental tarea de construir un nuevo sistema político y económico con los restos del antiguo. Si la historia reciente del hemisferio occidental puede servir de guía, el pueblo rechazará el legado totalitario de Castro y abrazará las ideas de democracia, economía de libre mercado y estado de derecho. El desarrollo de un nuevo sistema político y económico basado en estas ideas requerirá una nueva constitución, que ponga las bases para el resurgimiento de Cuba.

Entre los principios de esa nueva constitución, ninguno será más importante para el éxito de la empresa de reconstrucción que la protección de los derechos a la propiedad privada. La protección constitucional de los derechos a la propiedad privada no es solamente un asunto de principios, sino también una necesidad económica. Como asunto de principios, un sistema de derechos a la propiedad privada adecuadamente protegidos por la ley y libres de excesivas restricciones es condición necesaria para el desarrollo de una democracia de libre mercado.<sup>[1]</sup> Se necesitará también este sistema como asunto económico, para que Cuba pueda tener esperanzas de atraer el suficiente capital de inversión para reconstruir su economía. Ningún capital fluirá hacia Cuba en las cantidades que se necesitan si no hay garantías sólidas y fiables de que la propiedad privada y la empresa tendrán al menos tanta protección como en los demás países importadores de capital del hemisferio. La fuerte protección legal a los derechos a la propiedad también fomentará el crecimiento de la economía cubana, creando el incentivo de usar la propiedad eficientemente.<sup>[2]</sup>

Ofrecemos en este trabajo una propuesta modesta sobre la manera en la que deben ser protegidos los derechos a la propiedad, y el alcance de esa protección en la constitución de Cuba después de Castro. Es una propuesta modesta porque la dirigimos dentro de un espíritu de cooperación y respeto a quienes tengan la función histórica de crear un nuevo sistema político y económico en Cuba. La presentamos con modestia personal, porque estamos bien conscientes de que la elaboración de una constitución no es un asunto solo de principios y buen sentido, sino también del juego de las fuerzas políticas y la forja de compromisos políticos. Esperamos que nuestras ideas puedan constituir una base bien fundamentada para el debate que indudablemente tendrá lugar una vez que termine el régimen castrista.

En el cuerpo de este artículo se estudia la protección de los derechos a la propiedad privada dentro de una nueva constitución cubana, usando como punto de partida las cláusulas relacionadas con la propiedad de la Constitución de 1940. En el contexto de estas provisiones, sugerimos aspectos que necesitan ser revisados, o al menos evaluados de nuevo, para adecuar la protección constitucional a la propiedad, al pensamiento y la experiencia política y económica de la actualidad. En el apéndice se presenta, a modo de propuesta que puede ser adoptada por el gobierno democrático post-castrista, un programa para la restauración de los derechos a la propiedad en Cuba. Con él se intenta complementar y reforzar las cláusulas relacionadas con la protección a la propiedad de la nueva constitución. El régimen de Castro colectivizó la economía cubana no mediante confiscaciones que fueran justamente compensadas, sino a través de la completa destrucción del tejido de los derechos a la propiedad privada. Será responsabilidad del nuevo gobierno restaurar esos derechos a la propiedad, proporcionando a los dueños desposeídos, cubanos y extranjeros, la compensación económica adecuada, sea en la forma de restitución, compensación o compensación en especie.

La restauración de los derechos a la propiedad es un imperativo de justicia básica. También es una meta que se apoya en sólidas razones políticas y económicas. Políticamente, este programa legitimizará al nuevo gobierno a los ojos de los antiguos dueños y mostrará a la comunidad de

inversionistas internacionales que la protección de los derechos a la propiedad en la nueva constitución no es una promesa vacía. Económicamente, el programa proporcionará un instrumento para solucionar los reclamos sobre la propiedad confiscada y la privatización de empresas y bienes que todavía están en manos del Estado cubano. Un programa de este tipo, ordenado y previsible, animará la inversión de capital de los empresarios extranjeros y de los exilados. La pronta privatización de la propiedad estatal, especialmente a través de la restitución hecha a los dueños desposeídos, debe promover el uso eficiente de la propiedad, una mayor productividad, y crecimiento económico. En resumen, vemos la indemnización por los males sufridos por los dueños desposeídos a manos del régimen castrista como un componente esencial del sistema de derechos a la propiedad, que debe ser definido y protegido en la nueva constitución.

## II. La Constitución de 1940

La Constitución de 1940 fue adoptada en Cuba sobre el telón de fondo de cuatro décadas de inestabilidad política interna, legado del dominio norteamericano y de frecuentes intervenciones militares. La Constitución de 1901, que fue la primera constitución de una Cuba independiente después de la Guerra Hispano-Norteamericana, incorporaba lo que se vendría a conocer como la Enmienda Platt, una serie de disposiciones que habían entrado en la legislación norteamericana como parte del Acta de Apropiaciones Militares de 1901. La Enmienda Platt proclamaba el derecho de los Estados Unidos de intervenir en nombre de Cuba para proteger la independencia cubana y para asegurar la permanencia de un gobierno adecuado para proteger “la vida, la propiedad y la libertad individual”.<sup>[3]</sup> La Enmienda Platt no fue revocada hasta 1934.

Durante el período en el que estuvo en efecto la Enmienda Platt, los Estados Unidos intervinieron frecuentemente en los asuntos domésticos de Cuba, en varios casos para restaurar el orden después de un cambio de presidente. La inestabilidad política continuó después que terminaron las intervenciones norteamericanas. Una revolución civil-militar ocurrida en 1933 fue seguida por varios gobiernos civiles interinos, que fueron gradualmente eclipsados por el creciente poder del Coronel Fulgencio Batista y del ejército.<sup>[4]</sup>

En 1940 se convocó una Asamblea Constituyente para elaborar una nueva constitución, como preparación para el retorno a la democracia representativa. La Asamblea, que incluyó entre sus miembros representantes de todos los sectores del espectro político cubano, asumió la tarea de resolver todas las disputas políticas relevantes diseñando fórmulas de compromiso muy elaboradas y detalladas, que fueron incorporadas en el texto constitucional <sup>[5]</sup>. La Carta resultante, adoptada como Constitución en 1940, es un documento notoriamente largo y casuístico. Parece más un código que una constitución y comprende una larga serie de provisiones que deben más a razones históricas y a las peculiares circunstancias del momento que a una doctrina política coherente. En el área de los derechos a la propiedad, por ejemplo, la Constitución de 1940 contenía una de las más sólidas garantías que podían encontrarse en cualquier lugar contra la expropiación de la propiedad sin plena compensación, pero también contenía otras cláusulas que atendían a la “función social” de la propiedad, prohibían los latifundios, y restringían los derechos a la propiedad de los extranjeros y la enajenación de la propiedad estatal.

La Constitución de 1940 entró en efecto el 8 de julio de 1940 y permaneció en efecto hasta 1952. El 4 de abril de 1952, Fulgencio Batista, que había tomado el poder derrocando al gobierno electo, sustituyó la Constitución de 1940 con una nueva Acta Constitucional diseñada para ser el instrumento de gobierno hasta que se tuvieran nuevas elecciones. Batista, como candidato único, ganó las elecciones, y la Constitución de 1940 entró nuevamente en efecto el 24 de febrero de 1955. Menos de dos años más tarde, el 2 de diciembre de 1956, Batista emitió un decreto suspendiendo las garantías constitucionales en varias provincias por 45 días <sup>[6]</sup>. Ese decreto se renovó, con dos breves períodos de respiro, cada 45 días, hasta el 17 de mayo de 1958. Ese día se aprobó un Acta Especial declarando Estado de emergencia nacional, que estaba todavía en efecto cuando Batista huyó de Cuba el 1 de enero de 1959.

Cuando Fidel Castro llegó al poder el 1 de enero de 1959, la Constitución de 1940 fue nuevamente proclamada como Ley Fundamental. Sin embargo, en las tres semanas que mediaron entre el 13 de enero y el 7 de febrero de 1959, la constitución fue enmendada al menos cinco veces por decreto revolucionario. Las enmiendas tuvieron como primer resultado concentrar el poder en las manos de Castro, revocar las garantías constitucionales que prohibían la retroactividad de la

legislación criminal y permitir la confiscación de las propiedades de aquellos individuos a los que se consideraba cómplices del régimen de Batista. El 7 de febrero de 1959, sólo cinco semanas después de tomar el poder, Castro dejó de lado todo disimulo y desechó la Constitución de 1940 a favor de una nueva Ley Fundamental.

La Constitución de 1940 tiene un gran valor simbólico a los ojos de muchos cubanos, ya que generalmente se la considera como la única constitución cubana que fue creada bajo un verdadero mandato representativo y sin influencias extranjeras indebidas. Fue usada por Castro como cubierta durante los acontecimientos que llevaron a la deposición de Batista en 1959 –solo para ser dejada de lado cuando ya no fue necesaria. La Constitución de 1940 todavía es considerada por muchos exilados cubanos como la fuente última de legitimidad política en Cuba y como el fundamento legal de sus reclamos. En círculos disidentes, parece estar muy difundida la idea de que la Constitución de 1940 debe ser la base de la primera constitución libre que se elabore en una Cuba después de Castro.

Con el debido respeto a estos sentimientos, sugerimos que las provisiones de la Constitución de 1940 no se acepten acríticamente. Las circunstancias políticas, sociales y económicas de la Cuba post-castrista y del mundo en el que la nueva constitución sería elaborada son muy diferentes a los que existían en 1940. En estas circunstancias, muchos de los compromisos políticos reflejados en la Constitución de 1940 ya no son relevantes y podrían ser inapropiados. De la misma manera, las provisiones sobre la propiedad contenidas en la Constitución de 1940 deben ser examinadas nuevamente para evaluar si son acordes con los valores y las necesidades de los cubanos en la era post-castrista.

### **III. La Protección de los Derechos a la Propiedad Privada en la Constitución de 1940.**

Las cláusulas de la Constitución de 1940 que se relacionan más o menos directamente con la protección de los derechos a la propiedad pueden clasificarse, a efectos de análisis, en dos categorías: (i) las provisiones *centrales* (o *nucleares*), que determinan el alcance básico de los derechos a la propiedad protegidos por la constitución y la naturaleza de esta protección, y (ii) las provisiones *no centrales* (o *periféricas*), que se dirigen a proporcionar especificaciones adicionales o a limitar el alcance de algunos derechos a la propiedad en circunstancias particulares.

Las provisiones centrales son:

- Artículo 24, que prohíbe las confiscaciones y establece los requisitos para la validez constitucional de las expropiaciones;
- Artículo 87, que reconoce la legitimidad de la propiedad privada y hace referencia a los límites del concepto;
- Artículo 23, que prohíbe las leyes retroactivas que afecten los compromisos civiles; y
- Artículo 92, que protege los derechos a la propiedad intelectual.

Las provisiones no centrales son las siguientes:

- Artículo 33, que autoriza la incautación de libros, discos, películas u otras publicaciones que ataquen el honor de las personas, el orden social o la tranquilidad pública;
- Artículo 43, que garantiza el derecho de las mujeres casadas a ejercer control sobre sus propiedades;
- Artículo 88, que prohíbe la propiedad privada del subsuelo y requiere que determinados bienes y empresas sean explotados de manera que promuevan el bienestar social;

- Artículo 89, que otorga al Estado un derecho de tanteo en toda adjudicación o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores representativos de propiedades inmobiliarias.
- Artículo 90, que proscribe los latifundios y autoriza restricciones a la tenencia de la tierra por personas y compañías extranjeras;
- Artículo 91, que permite a los agricultores a reservar determinadas parcelas de tierra de cultivo como “propiedad familiar” y restringe la enajenación de dicha tierra;
- Artículo 93, que prohíbe los gravámenes perpetuos en la propiedad a beneficio de personas privadas;
- Artículo 252, que restringe la enajenabilidad de la propiedad poseída por el Estado;
- Artículo 273, que establece que el Estado tiene derecho a una porción de cualquier aumento en el valor de la propiedad, que resulte exclusivamente de la acción estatal;
- Artículo 274, que regula los contratos de arrendamiento, colonato o aparcería de las tierras de cultivo;
- Artículo 275, que autoriza las restricciones a la integración vertical de la industria azucarera; y
- Artículo 276, que proscribe aquellas leyes y regulaciones que se dirijan a crear monopolios privados, o que tengan como efecto crearlos.

En las siguientes secciones ofrecemos un breve análisis y una evaluación crítica de las provisiones centrales y no centrales enumeradas más arriba.

## A. Provisiones Centrales

### 1. Artículo 24

La piedra angular del sistema de protección de los derechos a la propiedad establecidos por la Constitución de 1940 es el artículo 24. Esta provisión, incluida en el Título IV de la constitución bajo el encabezado “Derechos Fundamentales”, dice así:

"Se prohíbe la confiscación de bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad judicial competente, y por causa justificada de utilidad pública o interés social, y siempre previo el pago de la correspondiente indemnización en efectivo fijada judicialmente. La falta de cumplimiento de estos requisitos determinará el derecho del expropiado a ser amparado por los Tribunales de Justicia, y en su caso reintegrado en su propiedad.

La certeza de la causa de utilidad pública o interés social y la necesidad de la expropiación correspondiente a los Tribunales de Justicia en caso de impugnación".<sup>[7]</sup>

La garantía fundamental establecida por este artículo es que la confiscación de la propiedad está prohibida. “Confiscación”, en el sentido en el que el término fue usado en los debates constitucionales, significa “cualquier incautación de propiedad privada hecha por una autoridad gubernamental sin el pago de la compensación requerida, sea directa o indirectamente, a través de procedimientos legales o por la fuerza, por vía de multa o de otra forma”.<sup>[8]</sup> La Asamblea Constituyente rechazó una propuesta para establecer impuestos sobre la tierra progresivos, después de un animado debate, por considerar que equivaldría a la confiscación indirecta y llevaría a la colectivización de la propiedad.<sup>[9]</sup>

El Artículo 24 autoriza incautaciones no confiscatorias de la propiedad (expropiaciones) basadas en razones de utilidad pública o interés social, precedidas por el pago de la debida

indemnización. Aunque la iniciativa para una expropiación pueda recaer en los órganos políticos del gobierno, es al poder judicial al que corresponde determinar la indemnización que debe ser pagada y decretar la transferencia del título, una vez que se han cumplido los requisitos constitucionales. Corresponde también a los tribunales determinar si las razones de utilidad pública o interés social invocadas por el gobierno son genuinas o son un mero pretexto, y si la expropiación es necesaria para conseguir los fines deseados. Aunque no se explicita la cantidad de la compensación, el término “*indemnización*” indica que debe ser suficiente para que el dueño quede *indemne*, esto es, libre de cualquier daño (*damnum*). La indemnización debe pagarse, en efectivo, antes que se proceda a la expropiación.

El Artículo 24 constituye una de las garantías más fuertes contra incautaciones no compensadas que puedan encontrarse en cualquier constitución, pasada o presente.<sup>[10]</sup> No se pone en duda que su estructura y provisiones deben ser preservadas en la nueva constitución cubana. Sin embargo, ya que la nueva constitución deberá ser interpretada y aplicada por un cuerpo judicial no probado, parece prudente introducir un grado mayor de precisión en esta cláusula, al menos en lo que se refiere a la medida de la compensación. Convendrá indicar explícitamente que la indemnización requerida debe ser equivalente al pleno y justo valor en el mercado de la propiedad capturada, sin tomar en consideración la posible disminución de este valor que sea resultado de cualquier anuncio o amenaza de expropiación, o de cualquier otro acto injurioso contra la propiedad o contra su dueño.

## 2. Artículo 87

El Artículo 87, que es la primera disposición de la Sección 2 (“Propiedad”) del Título VI, contiene una garantía adicional de la legitimidad de los derechos a la propiedad y una sucinta caracterización del alcance de estos derechos: “El Estado Cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en el más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquéllas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley”.<sup>[11]</sup>

La garantía contenida en esta cláusula se enmarca como el reconocimiento por parte del Estado de la existencia y legitimidad de la propiedad privada, hasta el punto especificado en la misma provisión. Es una fórmula desafortunada, porque parece implicar que la propiedad privada viene garantizada no como un asunto de derecho fundamental, sino como una gentil concesión hecha por el Estado.<sup>[12]</sup> De hecho, el tono apologético de esta provisión refleja con exactitud la intensidad con la que los partidos de izquierda se opusieron a ella en la Asamblea Constituyente.<sup>[13]</sup> La protección constitucional de los derechos a la propiedad privada no era una meta política universalmente aceptada en la Cuba de 1940. En una constitución post-Castro, la legitimidad de la propiedad privada debe ser proclamada en términos igualmente enfáticos a los empleados para otros derechos fundamentales.<sup>[14]</sup>

El Artículo 87 protege la propiedad privada “en el más amplio concepto de función social y sin más limitaciones que aquéllas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley”.<sup>[15]</sup> Dejando de lado por el momento la referencia a la propiedad como una “función social”, esta cláusula tiene como efecto prohibir las limitaciones en el alcance de los derechos a la propiedad privada, fuera de aquellas que cumplan dos condiciones individualmente necesarias, y conjuntamente suficientes: (i) que la limitación sea establecida por la ley, y (ii) que sea adoptada por razones de necesidad pública o interés social.

El requisito de que las limitaciones deben ser establecidas por la ley (conocido con frecuencia como principio de legalidad) es una fundamental garantía de procedimiento contra las limitaciones no autorizadas o arbitrarias. En escenarios comparables, ha sido interpretado como el principio que establece que ninguna limitación al derecho de la propiedad o a otros derechos es válida a menos que se base en una ley sustantiva que sea (i) razonablemente precisa, para permitir al ciudadano prever las consecuencias de una acción dada, y (ii) razonablemente no-discrecional, para proteger al ciudadano en el ejercicio de esos derechos, contra interferencias arbitrarias por parte de funcionarios públicos.

[16] Este principio excluye, por ejemplo, limitaciones que no tienen fundamento legal, o que vienen impuestas según el capricho de servidores públicos, o que son adoptadas mediante pronunciamientos *ad hoc* dirigidos a personas o grupos particulares, o que son creados por reglas tan amplias que el dueño no puede saber de antemano las limitaciones colocadas sobre el uso y usufructo de su propiedad.

[17] Además, como el sistema legal de Cuba se basó anteriormente, y seguramente se volverá a basar, en el derecho estatutario, la frase “según establece la ley” debe interpretarse en el sentido de que requiera que las limitaciones se basen en leyes aprobadas por el Congreso, para distinguirlas de las limitaciones basadas meramente en regulaciones administrativas o en precedentes judiciales. [18] Así entendido, este requisito debe ser retenido en la nueva constitución.

La idea de que los derechos a la propiedad puedan ser limitados por razones de interés general o de utilidad general (para emplear conceptos que se usan ampliamente en el discurso político-filosófico), y sólo por tales razones, es sólido como principio, aunque frecuentemente se ve sometido a considerables abusos en su aplicación. Alguna versión de este principio debe ser incluida en una constitución post-Castro, pero sería prudente describir con mayor precisión las razones que pueden ser invocadas legítimamente por el Estado para justificar las limitaciones a los derechos a la propiedad. Al respecto, los conceptos empleados en el Artículo 87 podrían necesitar clarificación. El término “necesidad pública” parece ser más restringido que “interés social” y también más estrecho que “utilidad pública” (concepto que aparece en el Artículo 24), pero no está claro si el primer concepto se subsume bajo cualquiera de los otros dos. Ni está claro tampoco si el concepto de “interés social” tiene la misma extensión, o es más amplio, que las nociones tradicionales de “interés público” o “interés general” que se encuentran con frecuencia en constituciones liberales -liberales, en el sentido clásico de la palabra.

En cualquier caso, sería deseable especificar que, al menos más allá de un cierto umbral, cualquier limitación a los derechos a la propiedad privada equivale a una expropiación y debe estar sujeto al pago de compensación, de acuerdo con los principios del Artículo 24. La confiscación de la propiedad no es menos destructora de la libertad económica y personal si se consigue insidiosamente a través de regulaciones. Una de las principales razones para exigir a un gobierno que pague compensación por incautaciones de propiedad declaradas de interés público es impedir que ese

gobierno abuse de sus poderes. [19] El mismo principio se aplica a las incautaciones legales. La mayoría -si no todas- de las regulaciones aprobadas por cualquier cuerpo legislativo o administrativo tendrán como resultado una ligera disminución del valor de la propiedad de alguien. Cae fuera del ámbito de este trabajo intentar ofrecer una doctrina coherente sobre cuándo y de qué manera debe un gobierno post-Castro compensar a las partes por incautaciones legales. Siempre ha existido una “tensión embarazosa entre el derecho del individuo a estar seguro de su propiedad, y el poder del gobierno para regular los derechos a la propiedad”. [20] No obstante, quienes elaboren la nueva constitución deben encontrar una fórmula para dejar claro que esta tensión no tiene resolverse siempre a favor del gobierno.

El Artículo 87 reconoce la legitimidad de la propiedad privada “en su más amplio concepto de

función social”. La doctrina que entiende la propiedad privada como una función social (o como poseedora de una función social), que estuvo de moda tiempos atrás y es común todavía en América Latina, se deriva de la llamada Doctrina Social de la Iglesia Católica. De acuerdo con esta doctrina, la propiedad privada es legítima únicamente en cuanto que cumpla una función social, esto es, que su uso y usufructo se haga de una forma tal que contribuya al bien común.<sup>[21]</sup> Una crítica de esta concepción desde una perspectiva filosófica excedería el alcance de este trabajo. Baste decir que, incluso tratándose de una teoría moral sólida, sería innecesario y potencialmente peligroso incorporarla en la nueva constitución cubana.

Después de la caída de Castro, Cuba necesitará fortalecer la institución de la propiedad privada para desarrollar mercados y atraer inversión extranjera. Para conseguir estas metas, la nueva constitución debe proporcionar una fuerte protección para los derechos a la propiedad privada, sometiéndolos únicamente las limitaciones establecidas por la ley, que se basan en criterios de legitimidad razonablemente precisos contenidos en la propia constitución. En contraste, una consecuencia importante de la doctrina de la función social de la propiedad es que torna ilegítimas ciertas formas de uso y usufructo de la propiedad, y de acuerdo con esto, puede legitimizar restricciones impuestas por el Estado para moderar tal uso y usufructo –todo lo anterior apoyándose en criterios que son ajenos a la constitución y que están sujetos a evolución, porque dependen de los principios cambiantes de la doctrina de la “función social”. Si esta doctrina fuera incorporada a la nueva constitución, particularmente si se convirtiera, como ocurre en el Artículo 87, en un componente de la definición de los derechos de la propiedad protegidos por la constitución, podría ser fácilmente usado (o mal usado) para justificar limitaciones a los derechos a la propiedad, derivadas de la nebulosa noción de “función social”, más allá de las que establece la ley por motivos expresamente declarados legítimos por la constitución.

Ninguna de estas observaciones pretende negar o excluir la influencia de la doctrina de la “función social” de la propiedad en cuanto teoría moral. Los legisladores en Cuba después de Castro pueden recurrir a esta teoría, o a cualquier otro sistema de normas morales o políticas, para encontrar inspiración o guía al determinar las limitaciones de los derechos a la propiedad. Al hacerlo, sin embargo, deben atenerse a las condiciones impuestas por la constitución en cuanto a la legitimidad de tales limitaciones.

### 3. Artículo 23

El Artículo 23 protege otra forma de propiedad privada: los derechos que son los correlatos de las obligaciones civiles que surgen de contratos u otros actos u omisiones. La protección asume la forma de una prohibición casi absoluta sobre legislación retroactiva que afecte a estos derechos.<sup>[22]</sup>

Para entender el alcance del Artículo 23, es necesario considerar el Artículo 22, que autoriza, bajo condiciones severamente restrictivas, legislación no penal retroactiva. Bajo el artículo 22, las leyes no penales no deben tener efecto retroactivo, a menos que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que la propia ley prevea este efecto; (ii) el efecto retroactivo debe basarse en razones de política pública, utilidad social o necesidad nacional expresamente declarada en la ley; (iii) la ley debe ser aprobada por dos tercios del número total de miembros de cada cámara legislativa; la ley debe tener provisiones para compensar por los daños que los poseedores de derechos inalienables bajo legislaciones anteriores puedan sufrir a resultas del efecto retroactivo de la ley; y (v) la ley deja de ser válida si produce efectos contrarios al Artículo 22, esto es, si tiene consecuencias confiscatorias. Además, el Artículo 22 establece que los motivos para la retroactividad de la ley pueden ser denunciados ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que no puede declinar el fallar sobre esta materia por razón alguna.

El Artículo 23 contiene una restricción adicional a la validez de la legislación retroactiva. La primera oración de esta disposición dice así: “Las obligaciones de naturaleza civil que surgen de los contratos u otros actos u omisiones que los originen no pueden ser anulados o alterados por el Poder Legislativo o por el Poder Ejecutivo, y, en consecuencia, ninguna ley debe tener efectos retroactivos en relación con tales obligaciones.”<sup>[23]</sup>

El resto del Artículo 23 adelanta una excepción limitada a la regla que acaba de mencionarse. Bajo la excepción, se permite al Estado suspender el ejercicio de acciones legales basadas en tales obligaciones civiles, pero solo en el caso de una grave emergencia nacional y solamente por el tiempo que sea razonablemente necesario. Cualquier suspensión de este tipo estaría también sujeta a los primeros cuatro requisitos establecidos en el Artículo 22 y podría ser desafiado mediante el mismo procedimiento establecido en esa provisión.

Los principios contenidos en los Artículos 22 y 23 constituyen compromisos razonables entre los intereses de quienes poseen derechos a la propiedad derivados de contratos y otras obligaciones civiles, y los legítimos intereses del público. Estos principios deben mantenerse en una constitución post-castrista.

#### **4. Artículo 92**

El Artículo 92 extiende la protección constitucional a la propiedad intelectual. En su primer párrafo, provee que “todo autor o inventor disfrutará de la propiedad exclusiva de su obra o invención, con las limitaciones que señale la Ley en cuanto a tiempo y forma”.<sup>[24]</sup> Claramente, este principio debe ser incorporado en una nueva constitución cubana.

En contraste, el segundo párrafo del Artículo 92, que prevé que las marcas comerciales usadas con indicaciones de procedencia cubana, serán nulas si se usaren, en cualquier forma, para amparar o cubrir artículos manufacturados fuera del territorio nacional, parece adecuarse mejor a la legislación ordinaria<sup>[25]</sup>. En esencia, esta provisión impide un tipo de fraude de marca. Sean cuales sean los méritos de esta regulación, difícilmente aparece como necesario o aconsejable incluir este nivel de detalle en una constitución post-Castro. Una constitución debe ser la expresión de los valores y elecciones de la nación, no un depósito de regulaciones de gobierno rutinarias. El fraude de marcas comerciales no alcanza el nivel de los derechos individuales fundamentales, ni es un componente de la estructura básica del gobierno. Recomendamos que este tema quede fuera de la nueva constitución.

### **B. Provisiones no centrales**

#### **1. Artículo 33**

El primer párrafo del Artículo 33 garantiza a toda persona el derecho a expresar sus pensamientos, libre de censura previa, en cualquier forma, oral o escrita, y mediante cualquier medio de comunicación disponible.<sup>[26]</sup> Este principio viene limitado por el segundo párrafo del Artículo 33, que autoriza la incautación, por orden judicial, de libros, discos fonográficos, películas, periódicos u otras publicaciones que “atenten contra la honra de personas, el orden social o la paz pública”<sup>[27]</sup>. Esta limitación afecta no solamente a la libertad de expresión garantizada por el primer párrafo del artículo 33, sino también a los derechos a la propiedad de los dueños de los libros, los

discos fonográficos, películas, periódicos u otras publicaciones que el gobierno esté autorizado a incautar.

Quienes elaboren una constitución democrática después de Castro deben mirar estas restricciones con cierto recelo. Si bien es cierto que la honra personal, el orden social y la paz pública merecen protección legal, tal protección no debe ser tan entrometida que se convierta en un pretexto para abrogar la libertad de expresión, la propiedad privada u otros derechos fundamentales. A este respecto, la limitación impuesta por el segundo párrafo del artículo 33 está redactado de modo excesivamente amplio y abierto al abuso. Una provisión que permita la incautación de publicaciones sobre la base de que atacan la honra de una persona podría muy bien usarse para apoyar la captura de un libro o periódico que critique a funcionarios del gobierno o a otras personas que desempeñan papeles importantes en la vida de la nación. De la misma manera, permitir la incautación de tales materiales con base en la preservación del orden social o de la tranquilidad pública podría conducir a la supresión de la expresión política. La existencia misma de la posibilidad para estas incautaciones puede inhibir la libertad de expresión y el usufructo de los derechos a la propiedad sobre los medios de comunicación.

Las dificultades que esta provisión ofrece ilustran la íntima relación entre la libertad de expresión, que es la piedra angular de un sistema democrático de gobierno, y los derechos a la propiedad. Según nuestro punto de vista, una emergente democracia cubana no debe ser cargada con una provisión constitucional que ampliamente constriñe tanto la libertad de expresión como los derechos a la propiedad, y al hacerlo, brinda a los futuros gobernantes una senda para regresar al pasado totalitario.

## 2. Artículo 43

El Artículo 43 establece principios básicos para la protección legal del matrimonio y la familia. Provee, entre otras cosas, que toda mujer casada tiene derecho a controlar su propiedad, incluyendo los frutos de su trabajo, sin el permiso de su esposo. <sup>[28]</sup> Se trata de una aplicación especial del principio, también establecido en este artículo, de que el matrimonio debe regularse sobre la base de una absoluta igualdad legal entre los esposos. <sup>[29]</sup>

Estas provisiones constituyen la abolición de la antigua limitación impuesta sobre la mujer casada en cuando al manejo y disposición de su propiedad. Al hacerlo, se expande el universo de individuos cuyos derechos a la propiedad gozan de protección constitucional. Por razones de una elemental justicia, y también por razones de eficiencia económica, estos principios deben sin duda alguna retenerse en una constitución post-Castro.

## 3. Artículo 88

El primer párrafo del Artículo 88 establece que todos los derechos al subsuelo pertenecen al Estado, que puede hacer concesiones para su explotación en la forma que prescribirá la ley. <sup>[30]</sup> Este principio técnicamente supone una restricción al alcance de los derechos a la propiedad, ya que se aleja de la doctrina tradicional de los límites verticales de la propiedad, bajo la cual un dueño de tierra tiene derecho en su propiedad *a caelo usque ad centrum*. Pero esta doctrina se ha ido restringiendo en muchos países, especialmente en lo referente a las áreas de sobrevuelo y a los derechos de minería, hasta el punto que la propiedad privada de todos los derechos del subsuelo puede ser actualmente la regla minoritaria, especialmente en América Latina. <sup>[31]</sup> Determinar si los

derechos al subsuelo en Cuba deben pertenecer al Estado –en cuanto distinto al dueño de la superficie- y hasta qué punto, es una decisión de política pública que debe ser hecha por el pueblo cubano. Si se prefiere la posesión estatal de los derechos al subsuelo, estos derechos deben ser económicamente explotados por concesiones concedidas a entidades privadas. La protección constitucional a los derechos de la propiedad debe comprender los derechos que surgen de estas concesiones.

El segundo párrafo del Artículo 88 establece restricciones adicionales al uso y usufructo de determinados tipos de propiedad. Establece que “la tierra, los bosques y las concesiones para la explotación del subsuelo, utilización de aguas, medios de transporte y cualquier otra empresa de servicios públicos habrán de ser explotados de manera que propendan al bienestar social”<sup>[32]</sup>. Este mandato es demasiado amplio, al exceder las limitaciones autorizadas por el Artículo 87, porque no distingue los casos en los cuales la propiedad o empresa constituye un monopolio, de los casos en los que no lo constituye. (Dado que el Artículo 276 prohíbe los monopolios privados en el comercio, la industria y la agricultura, puede ser que el segundo párrafo del Artículo 88 se aplique solo a casos que no son monopolios). Regular los monopolios “naturales” u otros monopolios permitidos en nombre del bienestar público puede ser una política acertada, pero el control de las empresas que no son monopolio debe ser dejado, en principio, al libre mercado. Quienes elaboren la constitución deben considerar la eliminación de este párrafo, y apoyarse más bien en limitaciones tales como las que pueden adoptarse bajo el Artículo 87. Alternativamente, deben tratar al menos de limitar el mandato de este párrafo a las empresas de monopolio que puedan querer tolerar, a pesar del principio establecido en el Artículo 276. Más útil aún sería una provisión encaminada a requerir que el Estado promueva la competencia para la entrega de concesiones públicas y para la economía en general.

#### 4. Artículo 89

El Artículo 89 reserva para el Estado el *derecho de tanteo* en cualquier adjudicación o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores representativos de propiedades inmobiliarias.<sup>[33]</sup> La expresión *derecho de tanteo* indica que el Estado puede ejercer su derecho privilegiado y comprar al mismo precio ofrecido por el licitador más alto en tal venta. La provisión equivale a una restricción de los derechos a la propiedad tanto para el vendedor como para el frustrado comprador de la propiedad.

Lo establecido en el Artículo 89 probablemente trataba de impedir la conclusión de ventas forzosas a precios artificialmente bajos, que resultaban del choque entre posibles licitadores.<sup>[34]</sup> Sean cuales sean los méritos de esta política, darle al Estado derechos privilegiados promovería la propiedad estatal en un momento en que el Estado cubano debería perseguir la meta opuesta. Además, en una venta no disputada, la existencia del derecho privilegiado del Estado tendería a bajar artificialmente el precio, al desanimar a potenciales licitadores de participar en la venta. Por estas razones, sería sabio dejar esta provisión fuera de la nueva constitución y servirse de la legislación ordinaria para hacer frente al problema de disputas en las ventas forzosas.

#### 5. Artículo 90

El primer párrafo del Artículo 90 establece que las grandes posesiones (*latifundio*) están “proscritas” y que deben aprobarse leyes para romper tales posesiones, mediante la especificación del máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades.<sup>[35]</sup> Esta provisión se estableció como medio para combatir lo que se consideraba como una excesiva

acumulación de tierra en manos de unos pocos individuos, que había hecho aparecer fincas de gran extensión. Pero aunque los *latifundia* pueden haber sido un grave problema en Cuba en 1940, no es ni eficaz ni apropiado desde el punto de vista de un sistema capitalista moderno el conceder al gobierno el poder para ejercer un control tan amplio sobre los derechos a la propiedad. La cantidad máxima de propiedad que una persona o una entidad pueden poseer para un uso particular debe ser determinado por la rentabilidad en el mercado de ese uso, no por decreto gubernamental. Dejar tal poder en las manos del gobierno casi seguramente llevaría a un uso ineficiente de los recursos y retardaría el desarrollo económico, algo que la Cuba post-Castro difícilmente puede permitirse.

El segundo párrafo del párrafo 90 establece legislación para restringir la adquisición y posesión de tierra por parte de personas y compañías extranjeras, y promover la vuelta de la propiedad a manos cubanas.<sup>[36]</sup> Teniendo en cuenta la situación en los años anteriores a 1940, cuando los intereses extranjeros (primariamente, los Estados Unidos) eran dueños o controlaban la mayor parte de la tierra y del equipo empleado en la industria azucarera, se comprende que quienes elaboraron la constitución vieran la readquisición de tierra que estaba en manos extranjeras como un tema constitucional. En la Cuba postcastrista, sin embargo, esta provisión tendría el efecto de paralizar el necesario influjo de inversión de capital extranjero.

En suma, las ideas comprendidas en el Artículo 90 de la constitución de 1940 no parecen apropiadas para Cuba después de Castro. La eficacia económica, a través del juego de fuerzas en el mercado, debe dictar el tamaño de las tierras en manos individuales. La inversión extranjera, tal como muchos países latinoamericanos descubrieron después de largos períodos de declive, no es un instrumento de colonialismo económico (como era percibido en otras épocas), sino más bien la única fuente disponible del muy necesario capital para modernizar las economías estancadas. Cuba, que está geográficamente más cerca del gran mercado de consumidores de la costa oriental de los Estados Unidos que cualquier otro país latinoamericano, tiene una situación ideal para beneficiarse de la inversión extranjera en operaciones manufactureras para exportación al mercado norteamericano. Pero para aprovechar esta posición favorable, los posibles inversionistas deben recibir seguridades de que habrá tratamiento igualitario y libertad en relación a regulaciones excesivas del mercado de recursos. Por estas razones, ni el Artículo 90 tal como está redactado ni las ideas que representa deben ser incluidas en una nueva constitución cubana. Por el contrario, una de las prioridades de un gobierno post-castrista debe ser ingresar en una amplia red de tratados bilaterales y multilaterales para promover y proteger la inversión extranjera.<sup>[37]</sup>

## 6. Artículo 91

El Artículo 91 permite que el padre de familia que habite, cultive y explote directamente una finca rústica de su propiedad, siempre que el valor de ésta no exceda de dos mil pesos, podrá declararla con carácter irrevocable como propiedad familiar; quedará exenta de impuestos y será inembargable e inalienable.<sup>[38]</sup> Esta provisión es similar a las leyes “solariegas” adoptadas en algunos otros países para proteger a los agricultores familiares y asegurar que no sean privados de sus medios de subsistencia básica.

Es importante darse cuenta, sin embargo, que si esta provisión se aplica a tierras que tengan algo más que un valor muy modesto, se convertiría en una importante barrera a la libre enajenación de la propiedad agrícola, que es crítica para el uso eficiente de la tierra y otros recursos. En este punto de la historia de Cuba, la plena utilización de la tierra y la habilidad de un agricultor para obtener crédito será de importancia primordial para el desarrollo de Cuba. (La posibilidad de gravar cultivos puede no ser suficiente para obtener financiamiento con el que introducir mejoras

importantes tales como maquinaria agrícola). Quienes elaboren la nueva constitución cubana deben considerar cuidadosamente estas implicaciones antes de adoptar una provisión sobre “propiedad familiar”, que permitiría que una porción significativa de la tierra agrícola del país fuera retirada del mercado.

## 7. Artículo 93

El Artículo 93 prohíbe gravámenes perpetuos bajo la forma de *censos*<sup>[39]</sup> o restricciones similares, a menos que sean establecidas en beneficio del Estado o a favor de instituciones públicas de toda clase o instituciones privadas de beneficencia.<sup>[40]</sup> Los gravámenes permanentes, por su misma naturaleza, impiden que la tierra tenga el uso más eficiente. La prohibición general establecida en este artículo es por lo tanto sólida y debe retenerse en la constitución post-castrista. En cuanto a la excepción contemplada en el artículo, las restricciones permanentes en beneficio de entidades estatales e instituciones de beneficencia privadas impediría el uso más efectivo posible de la propiedad tanto como lo harían restricciones similares en beneficio de otras entidades. Consideramos que no hay buenas razones para hacer una esta excepción.

## 8. Artículo 252

El Artículo 252 contiene un conjunto de restricciones sobre la enajenación de las propiedades del Estado.<sup>[41]</sup> Determina que los bienes propios o patrimoniales del Estado sólo podrán enajenarse o gravarse con las siguientes condiciones: (i) que el Congreso lo acuerde en ley extraordinaria, por razón de necesidad o conveniencia social, y siempre por las dos terceras partes de cada Cuerpo colegislador; (ii) que la venta se realice mediante subasta pública; y (iii) que se designe el producto para crear trabajo, atender servicios o a satisfacer necesidades públicas. Podrá, sin embargo, acordarse la enajenación o gravamen en ley ordinaria y realizarse sin el requisito de subasta pública, cuando se haga para desarrollar un plan económico nacional aprobado en ley extraordinaria.

No está claro por qué quienes redactaron este artículo buscaron poner estos obstáculos a la posible enajenación de la propiedad estatal.<sup>[42]</sup> Tal vez esta provisión refleje un sesgo a favor de la propiedad estatal, o un deseo de prevenir la corrupción gubernamental. Pero en cualquier caso, en una Cuba democrática post-castrista sería del todo inadecuado poner excesivas restricciones al esfuerzo del nuevo gobierno para usar de la manera más eficiente posible los recursos del país. En particular, sería altamente imprudente obstruir la capacidad del nuevo gobierno para privatizar empresas estatales, con el fin de reducir el tamaño del sector público heredado del régimen anterior. Con esto en mente, abstenerse de incluir en la nueva constitución una disposición tal como la recogida en el Artículo 252 parece ser el mejor camino. Más bien, la legislatura debe ser expresamente autorizada para vender o dar en arrendamiento propiedades estatales a través del proceso legislativo ordinario.

## 9. Artículo 273

El Artículo 273 provee que el dueño de tierras y de propiedad inmueble cuyo valor aumenta únicamente a causa de la acción del Estado, la Provincia o el Municipio, debe ceder en beneficio de éstos la parte proporcional que determine la Ley.<sup>[43]</sup> Este artículo parece garantizar a los diversos niveles de gobierno una participación en cualquier incremento en el valor de la tierra que resulte de hechos tales como la instalación de tuberías que lleven agua a la tierra, construcción o mejora de una vía pública cercana, u otro tipo de obras públicas que beneficien directamente a la

propiedad.

Es incierto, sin embargo, si el Artículo 273 se aplicaría a incrementos del valor que se pudieran atribuir a trabajos generales de infraestructura, tales como instalaciones portuarias o un aeropuerto, que podrían beneficiar a toda una región (o al país entero), pero no necesariamente a ninguna propiedad en particular. Ni está claro tampoco si el Estado podría reclamar una porción de los incrementos del valor de la tierra que puedan atribuirse a sus políticas económicas generales. Es más, este artículo deja abiertos temas tales como de qué forma se calcularía el incremento en el valor, cuál sería la porción del Estado, y de qué forma sería pagada al Estado.

Aparte de estos puntos inciertos, el principio mismo encerrado en el Artículo 273 es objetable. Es posible imaginar una situación en la que una Municipalidad construya un camino asfaltado adyacente a la propiedad de varios individuos o entidades, sin el consentimiento de los dueños de la tierra o ni siquiera su deseo de tener tal camino; y proceda a calcular la cantidad que representa la participación legal de la Municipalidad en el incremento del valor de la propiedad a resultas del nuevo camino. Si las propiedades están sujetas al impuesto de la propiedad y los valores añadidos se usan para aumentar la base impositiva, puede ser que los dueños terminen pagando por estos valores añadidos una y otra vez.

En suma, la regulación que establece el Artículo 273 queda abierta a abusos considerables. Si una propiedad aumenta su valor exclusivamente como resultado de mejoras introducidas por el Estado, éste debe recuperar el valor de las mejoras solo a través de los impuestos, sea en la forma de determinación de impuestos especiales, o de impuestos regulares aplicados a la incrementada base impositiva de la propiedad.

## 10. Artículos 274 y 275

El artículo 274 restringe los derechos de arrendamiento y cultivo relacionados con la propiedad rural.<sup>[44]</sup> Lo hace estableciendo regulaciones para los arrendamientos, siembra de caña de azúcar, y contratos de colonato o aparcería relacionados con esas propiedades, y especificando con mucho detalle los asuntos a ser regulados y la naturaleza de las restricciones a aplicar. El artículo 275 requiere que se apruebe legislación para regular la siembra y molienda de la caña de azúcar en los ingenios, para evitar la integración vertical de la industria azucarera.<sup>[45]</sup>

Estas restricciones reflejan las peculiares circunstancias que existían en Cuba en 1940: el papel primordial de la industria de la caña de azúcar en la economía cubana, el alcance de la intervención del gobierno en dicha industria, y la necesidad de proteger a los pequeños arrendatarios y colonos de la explotación por parte de grandes terratenientes y por ingenios azucareros. Fueran o no justificables estas provisiones en 1940, hoy en día son reliquias de una época pasada. Quienes elaboren la nueva constitución tendrán que decidir, con base en las condiciones económicas y sociales que queden después del naufragio del régimen de Castro, si los pequeños agricultores necesitan una protección especial, y si la regulación de la industria azucarera tiene sentido desde el punto de vista económico. Si concluyen que sí, entonces lo más prudente será afrontar el problema a través de la legislación ordinaria, más que por un mandato constitucional inflexible.

## 11. Artículo 276

El Artículo 276 hace nulo y carente de valor cualquier ley y disposición legal que constituya

un monopolio privado o que regule el comercio, la industria o la agricultura en forma tal que produzca el mismo resultado.<sup>[46]</sup> También prevé legislación para prevenir que sean monopolizadas las actividades comerciales en los centros de trabajo agrícolas e industriales.

El principio de competencia que subyace al Artículo 276 se reconoce generalmente como uno de los pilares de una moderna economía capitalista. Indudablemente debe estar contenido en la nueva constitución cubana. Al elaborar el proviso apropiado, quienes elaboren la nueva constitución deben considerar la posibilidad de expandir el principio para que se aplique no solamente en la regulación del comercio, la industria y la agricultura, sino también a otras actividades tales como el trabajo y las profesiones.<sup>[47]</sup>

#### **IV. Conclusión**

Al analizar de qué forma deben ser protegidos los derechos a la propiedad en una constitución cubana democrática, es natural emplear como punto de partida las provisiones de la Constitución de 1940. Esta constitución, a la que muchos consideran como producto de un proceso político libre y representativo, todavía demanda respeto y disfruta de legitimidad entre los herederos a la tradición democrática cubana. Pero no obstante, a pesar de toda su legitimidad, la constitución refleja principalmente los temas, conflictos, ideologías, circunstancias y compromisos políticos de los 1930s. Al menos en cuanto a los derechos a la propiedad, la Constitución de 1940 habla a veces en acentos tales que hoy, en los inicios del siglo XXI, no son fáciles de reconocer.

Por eso hemos sugerido cambios, dirigidos a armonizar las provisiones de la Constitución de 1940 con la revolución democrática, de libre mercado, que ha tenido lugar en gran parte de América Latina y Europa Oriental durante las últimas dos décadas. El régimen de Fidel Castro ha dejado a los cubanos en cadenas y harapos. Tal como han aprendido otros países latinoamericanos, la libertad política y económica, y no el paternalismo gubernamental, es lo que permite a los individuos y a las comunidades salir de la pobreza, ejercer sus talentos creativos y empresariales, y perseguir su propia visión de felicidad. Sin embargo, ninguna libertad política y económica puede desarrollarse y durar sin una fuerte protección al derecho a poseer y usar la propiedad bajo la disciplina del mercado.

A la luz de lo anterior, sugerimos que entre aquellas provisiones de la Constitución de 1940 relacionadas con los derechos a la propiedad, las que hemos llamado provisiones centrales (Artículos 24,87,23 y 97) deben ser incorporadas en la nueva constitución post-Castro, sometiéndolas a algunos cambios importantes. Las provisiones no centrales deben ser aproximadas con mayor selectividad. Algunas de ellas (los Artículos 43,93 y 276) o al menos los principios subyacentes, no tienen objeción y deben retenerse. Otras (Artículos 33,90,252, 273 y el segundo párrafo del Artículo 88) son considerablemente inconsistentes con los principios del libre mercado y de una sociedad libre, o con las necesidades económicas actuales de Cuba, y deben ser dejadas fuera de la nueva constitución. Otras (Artículo 91 y el primer párrafo del Artículo 88) pueden ser o no aceptables, dependiendo de ciertas decisiones políticas básicas que deben ser tomadas por los representantes del pueblo cubano. Finalmente, algunas provisiones (Artículos 89, 274, 275 y la segunda parte del Artículo 92) deben ser asunto de legislación ordinaria, más que de mandato constitucional.

Decidir qué debe ser reconocido como derechos a la propiedad y hasta qué punto deben protegerse esos derechos mediante una constitución democrática dependerá de decisiones políticas fundamentales que los representantes genuinos de todos los cubanos hagan en el momento apropiado. Estas decisiones se referirán no solo a la aplicación de teorías políticas y económicas, sino también a juicios de prudencia basados en la historia, tradiciones, cultura y aspiraciones del pueblo cubano. Los autores, como no cubanos, ofrecen las sugerencias contenidas en este trabajo

con un espíritu de modestia y deferencia hacia quienes tendrán en sus manos la tarea monumental de reconstruir la sociedad e instituciones de Cuba sobre las ruinas dejadas atrás por el régimen de Castro.

## **Apéndice: Esquema de un Programa para la Restauración de los Derechos a la propiedad por un Gobierno Cubano Democrático**

### **Introducción**

El régimen de Castro consiguió la colectivización de la economía cubana principalmente mediante confiscaciones e incautaciones de propiedad privada de dueños cubanos y extranjeros. Se pagó muy poca compensación, si es que se pagó alguna, y por lo tanto el gobierno postcastrista debe estar preparado para una avalancha de reclamos hechos por los dueños desposeídos, cubanos y extranjeros, para obtener la restitución de sus propiedades o el pago de la justa compensación. Mientras el nuevo gobierno no resuelva estos reclamos, el derecho al título y otros derechos sobre las propiedades confiscadas permanecerá sin resolver, y esta incertidumbre será un estorbo para el desarrollo de mercados estables y desanimará las inversiones a gran escala requeridas para la reconstrucción de la economía cubana.

Por lo tanto, una de las primeras tareas de un gobierno post-Castro deberá ser diseñar un programa para resolver de manera definitiva los reclamos de propiedad de los dueños desposeídos. Este trabajo representa nuestra contribución a esta tarea. Proponemos, en forma de esquema, un Programa para la Restauración de los Derechos a la Propiedad que podría ser adoptado por un gobierno cubano democrático. El Programa propuesto (al que llamaremos simplemente el Programa, para abreviar) es un programa de *restauración*, distinto a un mero plan de restitución o de compensación, porque se ha diseñado para (i) proporcionar a quienes tienen reclamos legítimos una combinación flexible de remedios (restitución, compensación y compensación en especie) y (ii) permitir la posibilidad de restablecer, hasta el punto que sea físicamente posible y económicamente factible, los derechos a la propiedad y las relaciones legales que fueron destruidas por el régimen de Castro. La restauración a los derechos a la propiedad debe ser, por su propia naturaleza, algo que ocurre solo una vez. Al completarse el Programa, los derechos a la propiedad serán finalmente asentados y tendrán derecho a la plena y permanente protección bajo la nueva constitución discutida en la primera parte de este artículo.

Los fines centrales del Programa son regresar cuantas más propiedades sea posible al sector privado, dirimir derechos a la propiedad sobre los que hay controversia, y dar un trato justo a los dueños desposeídos. Reconocemos que una forma sencilla de dirimir la cuestión de los títulos en controversia sería ratificar los títulos que existan en el momento en que el régimen de Castro termine, y dar a todo reclamante anterior alguna forma de compensación. Sin embargo, la compensación monetaria, aún aquella que satisface los estrictos requerimientos legales, rara vez satisface a un dueño desposeído.<sup>[48]</sup> Aunque el gobierno tenga suficientes fondos para pagar el justo valor de mercado por la propiedad, en algunos casos (tales como la residencia familiar o un negocio) ese valor puede ser considerablemente menor que el valor subjetivo que la propiedad tiene para su dueño.<sup>[49]</sup> En esas circunstancias, la sola compensación monetaria sería inadecuada, en términos de justicia, para compensar a quienes han sido privados de su propiedad. Si un programa de ajustes de propiedad se redujera a una competencia entre los dueños que fueron desposeídos por el régimen de Castro y los dueños que recibieron el título de propiedad a manos del régimen de Castro (sabiendo, o pudiendo saber que esa propiedad había sido confiscada), creemos que el balance de equidades favorecería a los dueños originales. El Programa refleja esta posible elección, pero solo como un elemento más dentro de un esquema complejo y balanceado.

Para diseñar el Programa, hemos sopesado una multitud de factores tales como los principios

que están en juego; la factibilidad de la restitución; la condición física, la situación legal y uso actual de la propiedad; la posibilidad de transferencias; la necesidad de fomentar el uso productivo de la propiedad; y los recursos financieros que se espera que estén disponibles para un gobierno post-Castro. Hemos considerado también la experiencia de otros Estados que fueron socialistas, en cuanto a la formulación y administración de programas similares.<sup>[50]</sup>

Una primera meta del Programa es tratar a los reclamantes cubanos y extranjeros de manera igual, bajo estándares no menos favorables que los que se requieren para ciudadanos no cubanos bajo las leyes internacionales. Bajo la ley internacional, los ciudadanos no cubanos cuyas propiedades fueron tomadas por el régimen de Castro sin compensación justa tienen derecho a ciertos estándares de protección y ciertas formas de recibir remedio, incluyendo la restitución de la propiedad o, si la restitución no es factible, el pago del justo precio de mercado en el momento en que la propiedad fue tomada, junto con los intereses devengados de acuerdo a las tarifas de mercado desde ese momento hasta el momento del pago.<sup>[51]</sup> Los reclamantes cubanos cuyas propiedades sufrieron la misma suerte deben tener derecho, como asunto de justicia y buena política, a los mismos estándares de protección y medios de solución.

El Programa pretende ofrecer un marco legal amplio para la restauración ordenada de los derechos a la propiedad que fueron confiscados, transferidos por la fuerza o incautados o capturados de alguna otra forma a sus dueños legales por el régimen de Castro, en violación a los principios de la Constitución cubana de 1940 o los del derecho internacional. Dentro de este marco, el Programa se aplicaría a todo tipo de derechos a la propiedad, incluyendo la posesión y otros intereses en la propiedad, derechos contractuales y propiedad intelectual. El Programa no se aplicaría, sin embargo, a reclamos que han sido resueltos de modo definitivo por adjudicación internacional o por acuerdo entre el Estado cubano y el Estado del cual el reclamante es ciudadano, en los casos en que estos reclamos hayan sido pagados. Tampoco se aplicaría a reclamaciones por la violación de otros derechos, tales como reclamos por muerte culposa, tortura o prisión inflingidas por los agentes del régimen de Castro. Estos reclamos se refieren a temas que no pueden ser atendidos por un programa diseñado para resolver las reclamaciones de propiedad. La compensación para tales reclamos debe proporcionarse bajo un programa separado.

El Programa se diseña para proveer remedio a los que han sido desposeídos de los derechos a la propiedad cubiertos, sin distinción de nacionalidad o ciudadanía. El remedio puede ser la restitución, la compensación o la compensación en especie. La restitución sería el remedio preferido, a menos que sea físicamente imposible, económicamente impracticable, o lesivo para el interés público. (En el caso de un edificio residencial que esté habitado -o una unidad de un edificio-, podría asumirse, aunque esto puede ser cuestionado, que la restitución no sería de interés público). Si no pudiera aplicarse la restitución, el remedio que de ordinario podría sustituirla sería compensación, en una cantidad igual al valor total en el mercado de la propiedad, en el momento de la disposesión, más los intereses. Como alternativa a la restitución o a la compensación, la autoridad que administre el Programa tendría la autoridad para ofrecer, si el reclamante lo acepta, compensación en especie. La compensación en especie sería otra propiedad del Estado, preferiblemente del tipo de la propiedad en cuestión y de un valor comparable a la misma.

El Programa reafirma los derechos a la propiedad de todos los beneficiarios, incluyendo tanto los dueños originales que fueron desposeídos en el momento de la revolución o en momentos posteriores, como los que tienen actualmente la propiedad de buena fe. Los primeros, como principales beneficiarios del Programa, en general tendrán derecho a la restitución de su propiedad. Los últimos, como beneficiarios secundarios, generalmente recibirán compensación. Los inversionistas extranjeros que adquirieron propiedad del gobierno castrista a cambio de pago de un valor razonablemente

equivalente, tendrán derecho a compensación, solución que satisfaría las obligaciones de Cuba bajo cualquier tratado de inversión bilateral aplicable, y del derecho internacional consuetudinario.<sup>[52]</sup> Los individuos y entidades que adquirieron propiedad mediante la explotación de una posición de poder o influencia en el régimen castrista o que adquirieron propiedad de manos del gobierno de Castro sin pagar el valor razonablemente equivalente, no serían elegibles a reclamos dentro del Programa.

Para impedir que la restauración general de los derechos a la propiedad tenga un impacto adverso en la economía cubana, hemos incluido lo que llamamos la Excepción de Prioridad de Inversión, como un punto central del Programa. Dondequiera que exista una necesidad urgente de promover el uso productivo de una propiedad o un negocio sujeto al Programa, la autoridad que lo administre podrá vender esa propiedad o negocio al sector privado, mediante subasta pública. En tales casos, el reclamante tendría derecho a participar en la subasta. Si el reclamo se adjudica más adelante a su favor, tendría derecho a la restitución del precio de compra o a compensación, dependiendo si fue o no el ganador de la licitación.

El Programa -y de hecho, cualquier programa de su clase- funcionará únicamente si se apoya en una inmutable base legal, de modo que su implementación no se vea atrapada por innumerables disputas legales. De acuerdo con lo anterior, se propone con los siguientes supuestos:

1. El Programa será adoptado por un nuevo gobierno post-Castro como parte de un proceso comprehensivo de democratización del Estado y liberación de la economía.
2. El programa será autorizado por la nueva constitución cubana de tal forma que su validez constitucional no pueda ser cuestionada. Por ejemplo, se podría redactar la constitución de modo que incluya una provisión transitoria que incorpore el Programa mediante referencia, asegurándose de que entre esta provisión transitoria y las provisiones regulares de la constitución referidas a los derechos de propiedad no exista conflicto alguno.
3. Para fines de implementación del Programa, la nueva constitución también confirmaría el título legal a las propiedades del Estado, de acuerdo con la ley que esté en vigencia en el momento en que la constitución entre en efecto, y garantizará a la agencia administradora del Programa la autoridad para tomar cualquiera y todas las acciones requeridas para tal implementación, incluyendo la expropiación, sujeta solo a los remedios que prevé el Programa.
4. El Programa (y las decisiones que se tomen para implementarlo) estará por encima de la legislación general, incluyendo las provisiones del Código Civil en relación a la adquisición de títulos por prescripción adquisitiva (posesión adversa).
5. El Programa (y las decisiones que se tomen para implementarlo) estará por encima de cualquier derecho inalienable y cualquier reclamo de derecho inalienable.
6. El Programa constituirá el único remedio bajo la ley cubana (los reclamantes extranjeros siempre tendrán remedios bajo la ley internacional) respecto a los reclamos que se cubren en el mismo.
7. Las decisiones de la autoridad encargada de la administración del Programa (que denominaremos Comisión de Adjudicación) serán definitivas, excepto por la posibilidad de una apelación expedita a la Corte Suprema cubana.

Asumir todo lo anterior es condición necesaria (pero, por supuesto, no suficiente) para que el Programa tenga éxito. Otros requisitos son evidentes por sí mismos, tales como la necesidad de que

exista una agencia administradora compuesta de individuos de indiscutida probidad, cuyo funcionamiento esté libre del estorbo de procedimientos ritualísticos.

Aunque un alto grado de flexibilidad es deseable para el Programa, desde ahora podemos advertir que su éxito o fracaso dependerá de los recursos que el gobierno postcastrista tenga a su disposición, frente al número y magnitud de los reclamos que se presenten. Al respecto, el Programa (y de hecho cualquier programa de su clase) tendrá que ser ajustado a las condiciones que existan en el momento en el que el nuevo gobierno tome posesión. Pero, antes de conocer las restricciones que se presentarán en el futuro, no vemos razón para dejar de señalar lo que sería ideal.

## II. El Programa

### A. Derechos sujetos al Programa de Restauración

1. *Regla general.* Todos los derechos a la propiedad que fueron sujetos de expropiación injusta a manos del régimen de Castro deben estar sujetos al Programa.

2. *Derechos a la propiedad.* Para los propósitos del Programa, el término “derechos a la propiedad” debe comprender los derechos patrimoniales de cualquier clase, incluyendo la propiedad y otros derechos *in rem* en bienes movibles o inamovibles, propiedad intelectual, derechos derivados de contratos, y otros derechos patrimoniales *in personam*, pero no incluirá (i) los derechos correspondientes a reclamaciones que han sido resueltas de forma final mediante acuerdo entre el Estado cubano y el Estado del cual el reclamante es natural o ciudadano en el momento en que se presentó la reclamación (o en el momento en que se llegó a un acuerdo), y (ii) derechos correspondientes a las reclamaciones de indemnización por daños físicos o morales resultantes de las acciones u omisiones del régimen castrista, incluyendo reclamos por muerte, tortura y encarcelamiento injusto.

#### 3. *Expropiación injusta.*

(a) Para efectos del Programa, se reconoce que un derecho de propiedad fue sujeto de expropiación injusta si (i) fue sujeto de expropiación, confiscación o nacionalización, o fue tomado, incautado, abolido o extinguido de alguna otra forma, en todo o en parte, por el régimen de Castro, en cada uno de los casos en violación de los principios y garantías establecidas en la Constitución de 1940 o en violación de la ley internacional; o (ii) si este derecho caducó, o fue eliminado, perdido, extinguido o transferido al Estado en todo o en parte, como consecuencia de actos de persecución política del régimen de Castro, o por procedimientos penales o de otro tipo llevados a cabo durante el régimen castrista, contrarios al estado de derecho.

(b) En particular, y sin perjuicio para la generalidad de lo expuesto anteriormente, se considerará que un derecho de propiedad fue sujeto a expropiación injusta en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(i) Cuando el derecho fue sujeto a expropiación, confiscación o nacionalización, o fue de otra manera tomado, incautado, abolido o extinguido, en todo o en parte, por el régimen castrista sin pago de compensación, o con el pago de menos compensación que la requerida por los principios establecidos en los párrafos (C)(3)(b)(i) y (C)(3)(b)(ii).

(ii) Cuando el derecho fue sujeto a expropiación, confiscación o

nacionalización, o fue de otra forma tomado, incautado, abolido o extinguido, en todo o en parte por el régimen de Castro por razón del lugar de nacimiento o la nacionalidad del dueño, o la condición de extranjero, o como resultado de prisión u otro castigo impuesto por el régimen de Castro por un delito político, o como resultado de procedimientos penales o de otro tipo, llevados a cabo por el régimen de Castro, contrarios al estado de derecho, o dirigidos a castigar delitos políticos, o solamente como consecuencia del abandono del país por parte de la persona.

(iii) Cuando el derecho caducó o fue eliminado, perdido o se extinguió, en todo o en parte, por razón del país de nacimiento o ciudadanía o condición de extranjero, o como resultado del encarcelamiento u otro castigo impuesto por el régimen de Castro por un delito político, o como resultado de procedimientos penales o de otro tipo llevados a cabo por el régimen de Castro contrarios al estado de derecho, o se dirigieron a castigar delitos políticos, o fueron impuestos solamente como consecuencia del abandono del país por parte de la persona.

(iv) Cuando el derecho fue transferido o abandonado por el dueño al Estado como condición para que el dueño o su familia obtuvieran permiso para abandonar el país.

(v) En relación al dueño anterior, cuando el derecho fue adquirido, en todo o en parte, durante el régimen castrista, por un individuo o una entidad (gubernamental o de otro tipo) a través de la explotación (incluyendo el uso de presiones o engaño) de una posición de poder o de influencia en el régimen castrista.

(c) No obstante lo indicado en los párrafos (A)(3)(a) y (A)(3)(b), no se considerará que un derecho de propiedad haya sido sujeto de expropiación injusta si el dueño de la misma recibió compensación por parte del Estado cubano en una cantidad no menor que la cantidad que hubiera sido requerida por los principios establecidos en los párrafos (C)(3)(b)(i) y (C)(3)(b)(ii).

4. *Régimen castrista.* Para los efectos del Programa, por régimen de Castro debe ser entendido el régimen que detentó el poder en Cuba entre el 1 de enero de 1959 y [la fecha en la que se instale el gobierno democrático] y cualquier elemento instrumental, oficial o no, del mismo.

## **B. Beneficiarios del Programa de Restauración**

1. *Beneficiarios.* Los beneficiarios del Programa serán de dos tipos: (i) beneficiarios primarios (ii) beneficiarios secundarios.

(a) *Beneficiarios primarios.* Los beneficiarios primarios del Programa serán, respecto a cada derecho de propiedad sujeto al Programa, (i) aquellos individuos o entidades (excepto las partes no elegibles), independientemente del lugar de nacimiento o nacionalidad, que tenían, inmediatamente antes de la expropiación injusta, título al derecho de propiedad, en todo o en parte, y (ii) los sucesores de dichos individuos o entidades.

(b) *Beneficiarios secundarios.* Cualquier individuo o entidad (excepto las partes no elegibles), independientemente del lugar de nacimiento o la nacionalidad, que se vea privado de un derecho de propiedad a resultas de la aplicación del Programa, pero que tenga derecho a recibir compensación o compensación en especie en razón de esa privación, será considerado como beneficiario secundario del Programa solo para propósitos de tal compensación o compensación en especie.

(c) *Partes no elegibles.* Para propósitos del Programa, las siguientes serán consideradas partes no elegibles: (i) El Estado cubano, (ii) cualquier entidad gubernamental cubana, (iii) cualquier

individuo o entidad que adquirió el derecho de propiedad en cuestión a través de la explotación (incluyendo el uso de presiones o engaño) de una posición de poder o de influencia en el régimen de Castro, y (iv) cualquier individuo o entidad que adquirió el derecho de propiedad en cuestión de otra parte no elegible, sin dar a cambio el valor (en efectivo o en especie) razonablemente equivalente al valor de tal derecho de propiedad en el momento de la adquisición.

2. *Reclamos.* Cualquier beneficiario tiene derecho a hacer reclamos bajo el Programa. En el caso de derechos a la propiedad tenidos en forma conjunta por más de un individuo o entidad, antes de dar el remedio apropiado bajo el Programa a los beneficiarios que han hecho el reclamo, la Comisión de Adjudicación (definida más adelante) deberá dar a los demás beneficiarios aviso razonable y oportunidad para presentarse. La misma regla aplicará en relación a los derechos a la propiedad gravados por o sujetos a otros derechos a la propiedad poseídos por otros beneficiarios.

3. *Prioridad de los reclamos:* Fuera del caso de derechos a la propiedad poseídos conjuntamente, si dos o más beneficiarios primarios hacen reclamos bajo el Programa en relación al mismo derecho de propiedad, el reclamante en la serie de poseedores del título que sufrió la más temprana expropiación injusta deberá tener prioridad para la restitución de tal derecho. Los demás reclamantes deberán recibir compensación o compensación en especie, de acuerdo con el Programa.

4. *Sucesores*

(a) Para los efectos del Programa, el término “sucesor” de un beneficiario debe significar cualquier individuo o entidad a quien el derecho de propiedad en cuestión, o un reclamo relacionado con él, ha sido transferido, directamente o a través de uno o más transferentes intermedios, por un acto del beneficiario o por operación de la ley, y debe incluir herederos, beneficiarios de legaciones, beneficiarios de donaciones, compradores, beneficiarios de asignación y otros beneficiarios de transferencias *inter vivos* o *mortis causa*. Cualquiera de estas transferencias se considerará válida y efectiva si (i) es válida y efectiva bajo la ley cubana, tal como existía antes del advenimiento del régimen de Castro, o hubiera sido válida y efectiva bajo dicha ley, si dicha ley hubiera permanecido vigente durante el régimen de Castro, o (ii) si es válida y efectiva bajo la ley de cualquier país donde tuvo lugar la transferencia, o donde el que transfiere o el que recibe la transferencia tenía su domicilio o residencia, o hacía negocios.

(b) Si el beneficiario es una organización empresarial que ya no existe y no se puede determinar sucesor alguno para tal organización bajo lo establecido en el párrafo (B)(4)(a), puede hacerse el reclamo bajo el Programa por aquellos que tenían al menos el cincuenta por ciento de la equidad de dicha organización (o sus sucesores respectivos). En tal caso, los reclamantes serán considerados como sucesores del beneficiario, para los propósitos del Programa. Para esto, se dará aviso razonable y oportunidad para presentarse a otros individuos o entidades que poseían equidad en la organización.

## C. Remedios

1. *Generales.* Los remedios disponibles bajo el Programa serán (i) la restitución, (ii) la compensación y (iii) la compensación en especie. La restitución será el remedio preferido, excepto en los casos previstos en el párrafo (C)(5), en los cuales no es factible la restitución, y en los casos contemplados en el párrafo (C)(6), que están sujetos a la excepción de prioridad de inversión. En los casos en los que la restitución no sea aplicable, el remedio sustitutivo ordinario será la compensación. En todos los casos, sin embargo, la Comisión de Adjudicación puede ofrecer al beneficiario, si éste lo acepta, compensación en especie, en lugar de restitución o de compensación.

2. *Restitución*

(a) *Regla general.* Excepto lo establecido en los párrafos (C)(5) y (C)(6), un beneficiario bajo el Programa tendrá derecho a la restitución completa del derecho de propiedad que fue sujeto de expropiación injusta (o, en el caso de expropiación injusta de parte de un derecho de propiedad, la parte que fue sujeta de tal expropiación injusta), sea que tal derecho esté en manos del Estado o de terceros en ese momento. A este fin, la Comisión de Adjudicación deberá separar y/o reconstituir tales derechos, en la medida en que sea posible, y los deberá transferir a los beneficiarios. Excepto lo establecido en el párrafo (C)(2)(b), tales derechos a la propiedad deben transferirse estando libres y limpios de todo gravamen, fuera de los que existían en el momento de la expropiación injusta y (i) existen todavía en el momento de la restitución o (ii) son reinstalados bajo el Programa. Los gravámenes que existían en el momento de la expropiación injusta, pero que no existen ya en el momento de la restitución, deben ser reinstalados (i) a favor de cualquier beneficiario primario que tenga derecho bajo el Programa a la restitución de los derechos a la propiedad correspondientes o (ii) a favor del Estado, sujeto a aplicación posterior del Programa.

(b) *Restitución de empresas comerciales.* Si los derechos a la propiedad que están sujetos a restitución incluyen una empresa comercial que está realizando transacciones en el momento de la restitución, como regla general (i) esos derechos a la propiedad serán transferidos al beneficiario primario que tiene derecho a la restitución sujeta a todas las gravámenes existentes y (ii) tal beneficiario primario asumirá, como condición para la restitución, todas las obligaciones y responsabilidades de la empresa, incluyendo todos los contratos laborales existentes y otros contratos que exijan cumplimiento posterior. En circunstancias excepcionales, para estimular el pronto regreso de la empresa comercial al sector privado como empresa viable, o también cuando los intereses de la empresa y la economía nacional lo requieran, la Comisión de Adjudicación debe tener el poder para cancelar tales gravámenes, obligaciones o responsabilidades, en todo o en parte, y para ordenar la restitución de la empresa en la condición resultante. En todos los casos contemplados en este párrafo, el beneficiario primario deberá tener derecho a compensación adicional tal como se establece en el párrafo (C)(3)(e), pero la cantidad de tal compensación será determinada tomando en cuenta el beneficio para ese beneficiario primario que se deriva de cualquier gravamen, obligación o responsabilidad cancelada. Cualquier parte (excepto las partes no elegibles) que tenía derecho al beneficio de cualquiera de estos gravámenes, obligaciones o responsabilidades canceladas, deberá tener los derechos especificados en el párrafo (C)(3)(f).

(c) *Restitución de los derechos a la propiedad que no comprenden empresas comerciales.* En el caso de derechos a la propiedad distintos a los mencionados en el párrafo (C)(2)(b), cualquier gravamen en tales derechos a la propiedad que no existía en el momento de la expropiación injusta será cancelado. El beneficiario primario que obtiene la restitución de tales derechos a la propiedad deberá recibir compensación adicional en el monto previsto en el párrafo (C)(3)(e). Cualquier parte (excepto las no elegibles) que tenía derecho al beneficio de tales gravámenes cancelados tendrá los derechos que se especifican en el párrafo (C)(3)(f).

### 3. *Compensación.*

(a) *Fuente exclusiva de compensación.* Un beneficiario que tenga derecho a compensación bajo el Programa deberá recibirla del Fondo de Compensación, tal como se establece en el Programa, excluyendo compensación de cualquier otra fuente.

(b) *Medida de la compensación.* Siempre que se requiera compensación bajo el Programa, tal compensación consistirá en una cantidad principal y los intereses correspondientes, calculados de la siguiente manera:

(i) *Empresas comerciales.* En el caso de derechos a la propiedad en cualquier

empresa comercial que realizaba transacciones en el momento de la expropiación injusta, la cantidad principal de la compensación debe ser igual al valor de tal empresa inmediatamente antes de tal expropiación, de acuerdo al justo valor de mercado de tal empresa o, en ausencia de un mercado observable y genuino para tal empresa, mediante el método de flujo de efectivo descontado. No debe considerarse que tal valor se ha reducido por las amenazas de expropiación o por cualquier otra acción del régimen castrista que fuera inconsistente con las garantías proporcionadas por la Constitución de 1940 o dirigidas contra tal empresa comercial o contra el dueño o los dueños de la misma.

(ii) *Otros derechos a la propiedad.* En el caso de cualquier derecho de propiedad distinto a los que se relacionan con las empresas comerciales mencionadas en el párrafo (C)(3)(b)(i), la cantidad principal de la compensación deberá ser igual al justo valor de mercado de tal derecho inmediatamente antes de la expropiación injusta. No debe considerarse que este valor se haya reducido por la amenaza de expropiación o cualquier otra acción del régimen de Castro que fuera inconsistente con las garantías proporcionadas por la Constitución de 1940 o que se dirigieran contra tales derechos a la propiedad o contra el dueño o los dueños de la misma.

(iii) *Moneda de cálculo.* En la medida en que sea posible, la cantidad principal de compensación se calculará en todos los casos en pesos cubanos, y será convertida a dólares norteamericanos al precio de “compra” de acuerdo a la tasa de cambio de libre mercado en efecto en la fecha de la expropiación injusta. Si no es posible, la cantidad principal deberá calcularse en dólares norteamericanos.

(iv) *Interés.* En todos los casos, la cantidad principal de la compensación debe ser incrementada por los intereses, contados a partir de la fecha de la expropiación injusta hasta la fecha del pago de la compensación bajo el Programa. Tal interés debe calcularse en tarifas de libre mercado para las obligaciones en dólares en una cifra tal que sea justa y adecuada para compensar al beneficiario por haber sido privado del uso y usufructo de la cantidad principal durante tal período.

(c) *Forma de compensación*

(i) La compensación bajo el Programa deberá ser pagada en forma de efectivo o de pagarés del Tesoro de Cuba, o una combinación de ambos, tal como sea determinado por la Comisión de Adjudicación teniendo en cuenta la disponibilidad de efectivo en el Fondo de Compensación, las compensaciones que deban pagarse y otros factores.

(ii) La compensación en forma de efectivo consistirá en dólares norteamericanos o su equivalente en moneda cubana, según la tasa de cambio al precio de compra en efecto en la fecha del pago; aquellos beneficiarios que no son ciudadanos cubanos no serán obligados a aceptar moneda cubana, si la moneda no es libremente convertible en dólares norteamericanos a la misma tasa de cambio.

(iii) En el caso de compensación en forma de pagarés emitidos por el Tesoro de Cuba, estos pagarés serán emitidos en condiciones de paridad, serán denominados en dólares norteamericanos, deben ganar interés de acuerdo a la tasa de mercado, deben ser libremente transferibles y pagaderos en dólares dentro de un plazo breve y bajo las condiciones y con tantas garantías como sea posible, de acuerdo a la condición financiera del Estado cubano. El poseedor de cualquiera de estos bonos deberá tener la opción de aplicarlo, en condiciones de paridad, para el pago del precio de compra de cualquier bien estatal que sea privatizado, sea de acuerdo con el párrafo (C)(6) o de otra forma.

(d) *Compensación en lugar de restitución.* Cualquier beneficiario primario que tenga derecho a compensación en lugar de restitución de acuerdo al párrafo (C)(5) o (C)(6)(c), o cuyo reclamo

no tenga prioridad de acuerdo al párrafo (C)(3), recibirá compensación tal como se establece en los párrafos precedentes.

(e) *Compensación adicional en casos de restitución.* Cualquier beneficiario primario que obtenga la restitución de sus derechos a la propiedad deberá tener derecho a compensación adicional: (i) en una cantidad tal que sea lo más aproximada posible a la cantidad (si fuera el caso) en la que el valor de tales derechos a la propiedad en el momento de la expropiación injusta excede el valor de tales derechos en el momento de la restitución y (ii) en una cantidad, que será determinada equitativamente por la Comisión de Adjudicación, destinada a compensar al beneficiario por haber sido privado del uso y usufructo de tales derechos a la propiedad entre el momento en que fue desposeído y el momento de la restitución. Para los propósitos de la cláusula (i), el valor de los derechos a la propiedad en tales momentos será determinada mediante la aplicación de las provisiones apropiadas del párrafo (C)(3)(b), *mutatis mutandis*.

(f) *Compensación a terceros elegibles.*

(i) Cualquier tercero (excepto las partes no elegibles) que sea beneficiario de cualquier gravamen, obligación o responsabilidad que se cancele tal como se establece en el párrafo (C) (2)(b) debe ser considerado como beneficiario secundario bajo el Programa, y tendrá derecho a compensación si tal tercero demuestra que tal gravamen, obligación o responsabilidad se creó en buena fe, por un valor razonablemente equivalente, y en el curso ordinario del negocio de la empresa sujeta a restitución.

(ii) Cualquier tercera parte (que no sea parte no elegible) que es beneficiario de cualquier gravamen, obligación o responsabilidad que se cancele según lo establecido en el párrafo (C) (2)(c) deberá ser considerado como beneficiario secundario bajo el Programa y tendrá derecho a compensación, si la parte demuestra que tal gravamen, obligación o responsabilidad se creó en buena fe, y por un valor razonablemente equivalente.

(iii) Cualquier tercera parte (que no sea parte no elegible) que sea desposeída de cualquier derecho de propiedad a resultas de la implementación de este Programa será considerada como beneficiario secundario bajo el Programa y tendrá derecho a compensación si tal tercera parte demuestra que, en el momento en el que adquirió tal derecho de propiedad, no tenía conocimiento, y no tenía razón para darse cuenta, de la naturaleza injusta de la expropiación, y no sabía o no tenía razón para conocer la existencia de un reclamo a tal derecho de propiedad.

En todos los casos contemplados en el párrafo (C)(3)(f), la compensación debe ser lo más aproximada posible al valor de la propiedad inmediatamente antes de la cancelación o la disposición (según sea el caso), tal como venga determinado por las provisiones apropiadas del párrafo (C)(3)(b), *mutatis mutandis*.

5. *No factibilidad de la restitución.* En los casos que la restitución de los derechos a la propiedad injustamente expropiados sea físicamente imposible, económicamente impracticable o lesiva para el interés público, se dejará de lado a favor de la compensación o, si es aplicable, compensación en especie. Sin perjuicio de la generalidad de lo anteriormente dicho, se considerará que la restitución es físicamente imposible, económicamente impracticable o lesiva para el interés público en las circunstancias siguientes:

(a) Cuando los derechos a la propiedad en cuestión se relacionen con una empresa comercial que ha dejado de operar y para la cual no existe perspectiva razonable de ser reabierta.

(b) Cuando los derechos a la propiedad en cuestión se relacionen con una empresa comercial que se ha fusionado con o integrado en otra empresa mayor y tal empresa no pueda desasociarse o desintegrarse sin serios daños para el negocio en su totalidad o para el interés público.

(c) Cuando el objeto de los derechos a la propiedad en cuestión vayan a ser empleados por el gobierno para un propósito público válido.

(d) Cuando el objeto de los derechos a la propiedad en cuestión hayan sido integrados dentro de un patrimonio entregado a un negocio o donado para usos de beneficencia, y tal objeto no pueda ser separado sin causar un serio daño a tal empresa o tal uso de beneficencia o al interés público.

(e) Cuando el objeto de los derechos a la propiedad en cuestión es un edificio residencial o una unidad de un edificio residencial, a menos que la Comisión de Adjudicación determine que, tomando en cuenta todas las circunstancias del caso, la restitución no sea lesiva para el interés público. En el caso de un edificio residencial o una unidad que estén habitados, la Comisión de Adjudicación puede ofrecer, y el beneficiario primario puede aceptar, (i) posponer la restitución hasta el momento en que el ocupante haya desalojado el edificio o la unidad, o durante un período que podrá ser designado por [un estatuto separado que se oriente a resolver el problema habitacional, de aquí en adelante denominado “Ley de Vivienda”], durante el cual período el beneficiario primario tendrá derecho a compensación por la demora, en una cantidad justa determinada por la Comisión de Adjudicación o (ii) hacer restitución sujeta a los contratos de alquiler extendidos a los ocupantes (o el ocupante) de tal edificio o unidad para un plazo tal y bajo tales condiciones como se especifican en la Ley de Vivienda.

(f) Cuando el objeto de los derechos a la propiedad en cuestión tenga un valor justo de mercado en el momento de inicio del Programa, que no exceda [una cantidad que será especificada] en el caso de bienes raíces y [una cantidad que será especificada] en el caso de otros tipos de propiedad.

#### 4. *Excepción de prioridad de inversión*

(a) Si antes de la decisión final sobre una propiedad particular, empresa comercial o cualquier otro derecho de propiedad sujeto al Programa, la Comisión de Adjudicación encuentra que a dicha propiedad, empresa de negocios u otro derecho de propiedad no se le está dando un uso productivo, o que el interés público requiere la transferencia inmediata de tal propiedad, empresa comercial u otro derecho de propiedad al sector privado, puede hacer una licitación pública con el fin de obtener ofertas para adquirir dicha propiedad, empresa comercial u otro derecho de propiedad. Siempre que sea posible, la licitación pública se llevará a cabo en dos etapas: (i) una etapa de cualificación, en la cual cada licitante suscribirá un compromiso de inversión mínima y, en el caso de empresas comerciales, las cualificaciones del licitante como operador del negocio; y (ii) una etapa de apreciación, en la que cada licitante cualificado hará una oferta sobre el precio. Quien gane la licitación entrará en un Acuerdo de Adquisición e Inversión con la Comisión de Adjudicación.

(b) Cualquier individuo o entidad que haya hecho un reclamo válido *prima facie* para la restitución de la propiedad, negocio u otro derecho de propiedad sujeto al párrafo anterior, tendrá derecho a participar en la licitación pública, bajo las mismas condiciones que todos los demás participantes, excepto que tal individuo o entidad debe ser conocido como plenamente cualificado para operar el negocio. Si el ganador de la licitación es el individuo o entidad que hizo el reclamo de restitución, y tal reclamo se resuelve en último término a favor del reclamante, el reclamante tendrá derecho a la restitución del precio de la adquisición.

(c) Si la propiedad, negocio u otro derecho de propiedad se vende a tercera parte, el

beneficiario que de otra forma habría tenido derecho a la restitución, recibirá, en lugar de la restitución, compensación de acuerdo a lo establecido en el párrafo (C)(3)(d) o, según sea aplicable, compensación en especie de acuerdo al párrafo (C)(4).

7. *Recuperación obtenida por el Estado.*

(a) Lo obtenido por la venta de propiedades, empresas comerciales u otros derechos a la propiedad bajo el párrafo (C)(6) y cualesquiera fondos recuperados por el Estado según se establece en las siguientes provisiones debe ser depositado en el Fondo de Compensación.

(b) Si se requiere al Estado para que pague compensación bajo el Programa en razón de una disminución del valor de cualquier derecho de propiedad, y tal disminución fue el resultado de daño al objeto de tal derecho de propiedad, el Estado tendrá derecho de recuperar compensación por tales daños de cualesquiera individuo o entidad (que no sea un individuo o entidad con derecho a compensación bajo el párrafo (C)(3)(f)) responsable del daño.

(c) En lo que se refiere a cualquier derecho de propiedad que sea sujeto de restitución bajo el Programa, si el valor en el momento de la restitución de tal derecho de propiedad (o el objeto de tal derecho) es más alto que el valor correspondiente en el momento de la expropiación injusta, el Estado tendrá derecho a recuperar del beneficiario primario que obtuvo la restitución de tal derecho de propiedad la porción (si la hubiera) de tal aumento de valor que se pueda atribuir sola y directamente a las acciones del Estado o a cualquier tercera parte que tuvo tal derecho de propiedad en cualquier momento entre la expropiación injusta y la restitución.

(d) Si un beneficiario primario que obtiene restitución, compensación o compensación en especie bajo el Programa recibió compensación parcial del Estado, en razón de la expropiación injusta, anterior al inicio del Programa, el Estado tendrá derecho a recuperar de tal beneficiario la cantidad de tal compensación parcial, y el interés contado a partir de la fecha de recibo hasta la fecha de la recuperación, con tasas equivalentes a las establecidas en el subpárrafo (C)(3)(b)(iv).

(e) En cualquier caso en el que el Estado tenga derecho, bajo el Programa, a recobrar dinero de un individuo o entidad que deba recibir compensación (o a compensación adicional) bajo el Programa, tales derechos y las obligaciones correlativas serán eliminadas automáticamente. (offset)

(f) El Estado tendrá derecho a beneficiarse de cualquier gravamen que (i) se reinstale bajo el Programa, tal como se contempla en el párrafo (C)(2)(a), y (ii) no se transfiera a ningún beneficiario bajo el Programa.

#### **D. Autoridad de Administración y Procedimiento**

Un Programa plenamente desarrollado debe contener un conjunto de reglas comprensivas sobre la administración del Programa y los procedimientos a seguir en el curso de tal administración. Para los propósitos de este Esquema, es suficiente anotar algunos de los aspectos administrativos y procedimentales esenciales que deben ser considerados:

1. Establecimiento de la Comisión de Adjudicación como autoridad administradora del Programa.

2. Establecimiento del Fondo de Compensación. El Fondo de Compensación contendrá (i) dinero e instrumentos financieros proporcionados por el Tesoro de Cuba y (ii) el dinero al que se hace referencia en el párrafo (C)(7)(a).

3. Establecimiento del procedimiento para presentar y procesar los reclamos, incluyendo las fechas límite para presentar los reclamos.
4. Prohibición de la transferencia o disposición de los derechos a la propiedad sujetos al Programa mientras un reclamo esté pendiente, excepto en lo referente a las disposiciones de la Comisión de Adjudicación contenidas en el párrafo (C)(6) (Excepción de Prioridad de Inversión).

---

### Notas

1 *Ver, por ej.*, MILTON FRIEDMAN, CAPITALISM AND FREEDOM (1962); FRIEDRICH A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY 140 (Gateway ed. 1972); WALTER LIPPMAN, THE METHOD OF FREEDOM (1934); JOHN TRENCHARD & THOMAS GORDON, CATO'S LETTERS NO. 68 (Walthoe ed. 1754-1755), reimpresso en THE ENGLISH LIBERTARIAN HERITAGE (Jacobson ed. 1965); Stanley N. Katz, Thomas Jefferson & the Right to Property in Revolutionary America, 19 J.L. & ECON. 467 (1976); Charles A. Reich, The New Property, 73 YALE L.J. 733, 734 (1964).

2. *Ver, por ej.*, RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, §3.1, pp. 32-33 (4 ed. 1992).

[3] 31 Estat. 897, cap. 803 (1901); RAMON INFIESTA, HISTORIA CONSTITUCIONAL DE CUBA, 318-31 (La Habana, 1942). La Enmienda Platt también prohibía a Cuba entrar en tratados que comprometieran su independencia, y asumir deudas públicas sin los medios adecuados para pagarlas. Requería también del gobierno cubano que vendiera o diera en arrendamiento a los Estados Unidos la tierra necesaria para establecer estaciones navales en la isla.

[4] *Ver en general* Carlos Márquez Sterling, *Prólogo* a NESTOR CARBONELL CORTINA, EL ESPIRITU DE LA CONSTITUCION CUBANA DE 1940, 11-38 (1974) [de aquí en adelante CARBONELL CORTINA].

[5] *Ver* MARIFELI PEREZ-STABLE, THE CUBAN REVOLUTION: ORIGINS, COURSE AND LEGACY (1993); COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, CUBA Y EL ESTADO DE DERECHO 78-112 (1962).

[6] COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS, nota 5 más arriba, 78-112. El decreto fue emitido el mismo día en el que Fidel Castro desembarcó en la costa de la Provincia de Oriente. Las provincias afectadas por el decreto fueron Oriente, Camaguey, Las Villas y Pinar del Río.

[7] “*Se prohíbe la confiscación de bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad judicial competente y por causa justificada de utilidad pública o interés social y siempre previo el pago de la correspondiente indemnización en efectivo, fijada judicialmente. La falta de cumplimiento de estos requisitos determinará el derecho del expropiado a ser amparado por los Tribunales de Justicia, y en su caso, reintegrado en su propiedad. La certeza de la causa de utilidad pública o interés social y la necesidad de la expropiación, corresponderá decidirla a los Tribunales de Justicia en caso de impugnación.*” Constitución de 1940, art. 24.

[8] CONSTITUCION DE CUBA 341 (Andrés M. Lazcano y Mazón ed. 1941) (Interención hecha por José M. Cortina)[de aquí en adelante ANALES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE]; ver también CARBONELL CORTINA, nota 4 más arriba, 159.

[9] CONSTITUCION DE CUBA 341 (Andrés M. Lazcano y Mazón ed. 1941); ver también CARBONELL CORTINA, nota 4 más arriba, 160.

[10] Como punto de comparación, la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece que nadie será "privado de ...propiedad, sin el adecuado proceso legal"; ni será la propiedad privada tomada para uso público, sin compensación justa." CONSTITUCION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, Enmienda V. Ha tomado dos siglos de jurisprudencia desarrollar esta cláusula en el rico tejido de precedentes que hoy en día definen en la práctica los límites de la protección de los derechos a la propiedad en los Estados Unidos. Aunque el sistema resultante ha sido generalmente adecuado, algunas de las teorías que ha desarrollado y aplicaciones particulares de tales teorías con frecuencia dejan algo que desear. Por ejemplo, en los Estados Unidos, los gobiernos estatales y federales pueden incautar propiedad sin compensación si la incautación es un ejercicio legal del "poder policial" del gobierno. Ver *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365, 387 (1926) (Toda ley y regulación sobre el uso de la tierra "deben encontrar su justificación en algún aspecto del poder policial, ejercido en pro del bienestar público"). Incautaciones no compensadas se justifican bajo la teoría de que "toda propiedad en [los Estados Unidos] se posee bajo la obligación implícita de que el uso que de la misma haga su dueño no sea lesiva para la comunidad". *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623, 665 (1887). Se ha dicho que un prominente académico de leyes norteamericano, el Magistrado Oliver Wendell Holmes, confesó privadamente que la distinción entre lo que sería un legítimo ejercicio del poder policial de una parte, y una incautación sujeta a compensación, de otra, era cuestión relacionada con la determinación una línea entre el que toma y el que es despojado que afecte los sentimientos de la comunidad. MARK L. POLLOT, GRAND THEFT AND PETTY LARCENY: PROPERTY RIGHTS IN AMERICA 78 (1993). Es de esperar que, al diseñar un sistema de protección constitucional de los derechos a la propiedad, los cubanos encargados de su elaboración lo hagan de una manera mejor.

[11] *"El Estado Cubano reconoce la existencia y legitimidad de la propiedad privada en su más amplio concepto de función social y sin más limitación que aquéllas que por motivos de necesidad pública o interés social establezca la Ley."* Constitución de 1940, art. 87.

[12] Esta afirmación es independiente del tema de jurisprudencia (en el cual no necesitamos detenernos aquí) de si los derechos fundamentales proclamados en una constitución son derechos naturales que preexisten a esa constitución y son meramente reconocidos por ella, o si hay derechos legales *qua* (e independientes de la existencia de ninguna contraparte moral), creados por la constitución, entendidos como el fundamento del derecho legal (positivo). Incluso quienes simpatizan con la segunda postura (como los autores de este trabajo) deben estar dispuestos a admitir que la forma que se dé a la garantía constitucional de los derechos a la apropiación tiene significación política, y que el peso político-retórico de tal garantía puede afectar la manera en la que sea interpretada y aplicada por los tribunales. Si derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, de reunión o de religión son proclamados con términos enfáticos, el derecho a la propiedad privada merece un reconocimiento no menor.

[13] Ver ANALES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, nota 9 más arriba, 337-64.

[14] Cf. CONSTITUCION ARGENTINA art. 17 (la propiedad es inviolable), y CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PERU art. 70 (el derecho a la propiedad es inviolable).

[15] Constitución de 1940, art. 87.

[16] Ver, por ej., *Olsson Case*, 130 Corte Europea de Derechos Humanos.(ser. A) 61 (1988) (interpretando la frase "de acuerdo con la ley" en una de las provisiones de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales). Para un análisis de este principio tal como aparece en instrumentos de derechos humanos, ver OSCAR M. GARIBALDI, THE LIMITATION AND DEROGATION CLAUSES 128, 132-134 (Hurst Hanum y Dana D. Fischer eds., 1993); Oscar M. Garibaldi, General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality, 17 HARVARD INTERNATIONAL LAW JOURNAL. 503 (1976).

[17] Ver GARIBALDI, nota 16 más arriba, 128, 132-34.

[18] Para un análisis similar en el contexto de la interpretación del Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ver (Corte Inter-Americana de Derechos Humanos) San José 7 HUM. R. L.J. 231 (1986).

[19] Ver, por ej., STEVEN J. EAGLE, REGULATORY TAKINGS, § 2-8(g), p. 191 (2 ed. 2001). En el caso de que una inversión sea esencialmente gratuita, el gobierno tiene un incentivo para sustituir esa inversión por otras que sean, desde el punto de vista del gobierno, más costosas. Por ejemplo, en lugar de construir una escuela de dos pisos en una parcela pequeña en una zona residencial cara donde la tierra es escasa, el nuevo gobierno tendría el incentivo de incautar una propiedad dos veces mayor para construir una escuela más barata, de una sola planta, con las mismas dimensiones en la parcela más grande. Ver William A. Fischel & Perry Shapiro, *Takings, Insurance, and Michelman: Comments on Economic*

*Interpretation of "Just Compensation" Law*, 17 J. Legal Stud. 269, 288 (1988).

[20] STEVEN J. EAGLE, *REGULATORY TAKINGS*, § 1-1, p. 2 (2 ed. 2001).

[21] Para una declaración reciente de esta doctrina., ver JUAN PABLO II, CARTA ENCICLICA "SOLLICITUDO REI SOCIALIS", 30 de diciembre de 1987, ¶ 42. Para declaraciones anteriores, ver LEON XIII, CARTA ENCICLICA "RERUM NOVARUM", 15 de mayo de 1891, ¶ 8; PIO XI, CARTA ENCICLICA "QUADRAGESIMO ANNO", 15 de mayo de 1931, ¶¶ 44-48, 69, 88. Ver también CARBONELL CORTINA, Nota 4 más arriba, 157-58.

[22] *"Las obligaciones de carácter civil que nazcan de los contratos o de otros actos u omisiones que las produzcan no podrán ser anuladas ni alteradas por el Poder Legislativo ni por el Ejecutivo, y por consiguiente, las leyes no podrán tener efecto retroactivo respecto a dichas obligaciones. El ejercicio de las acciones que de éstas se deriven podrá ser suspendido, en caso de grave crisis nacional, por el tiempo que fuere razonablemente necesario mediante los mismos requisitos y sujeto a la impugnabilidad a que se refiere el párrafo primero del artículo anterior"*. Constitución de 1940, art. 23.

[23] Ver nota 22

[24] *"Todo autor o inventor disfrutará de la propiedad exclusiva de su obra o invención, con las limitaciones que señale la Ley en cuanto a tiempo y forma."* Constitución de 1940, art. 92, primer párrafo.

[25] *"Las concesiones de marcas industriales y comerciales y demás reconocimientos de crédito mercantil con indicaciones de procedencia cubana, serán nulos si se usaren, en cualquier forma, para amparar o cubrir artículos manufacturados fuera del territorio nacional"*. Constitución de 1940, art. 97, segundo párrafo.

[26] *"Toda persona podrá, sin sujeción a censura previa, emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio gráfico u oral de expresión, utilizando para ello cualesquiera o todos los procedimientos de difusión disponibles"*. Constitución de 1940, art. 33, primer párrafo.

[27] *"Sólo podrá ser recogida la edición de libros, folletos, discos, películas, periódicos o publicaciones de cualquier índole cuando atente contra la honra de personas, el orden social o la paz pública, previa resolución fundada de autoridad judicial competente y sin perjuicio de las responsabilidades que se deduzcan del hecho delictuoso cometido. En los casos a que se refiere este artículo no se podrá ocupar ni impedir el uso y disfrute de los locales, equipos o instrumentos que utilice el órgano de publicidad de que se trate, salvo por responsabilidad civil."* Constitución de 1940, art. 33, segundo y tercer párrafos..

[28] *"La mujer casada disfruta de la plenitud de su capacidad civil, sin que necesite de licencia o autorización marital para registrar sus bienes, ejercer libremente el comercio, la industria, profesión, oficio o arte, y disponer del producto de su trabajo"*. Constitución de 1940, art. 43, cuarto párrafo.

[29] Constitución de 1940, art. 43, tercer párrafo.

[30] *"El subsuelo pertenece al Estado, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la Ley. La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley será declarada nula y reintegrada al Estado"*. Constitución de 1940, art. 88, primer párrafo.

[31] Ver, por ej., CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PERU art. 66 (los recursos naturales, renovables o no, pertenecen a la nación) y arts. 138-139 (los derechos de minería, así como los derechos al petróleo, gas y otros recursos de hidrocarburos, la inalienabilidad depositada en el gobierno nacional); ver también Constitución Mexicana art. 27, (la nación es el dueño legal de todos los derechos al petróleo y a los minerales).

[32] *"La tierra, los bosques y las concesiones para explotación del subsuelo, utilización de aguas, medios de transporte y toda otra empresa de servicio público, habrán de ser explotados de manera que propenda al bienestar social"*. Constitución de 1940, art. 88, segundo párrafo.

[33] *“El Estado tendrá el derecho de tanteo en toda adjudicación o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores representativos de propiedades inmobiliarias”.* Constitución de 1940, art. 89.

[34] Hasta fechas recientes, las leyes francesas daban al Estado un derecho de tanteo similar en relación a todas las ventas de bienes raíces, para prevenir estimados fraudulentos del precio de compra y la consiguiente evasión del impuesto calculado como porcentaje del precio de compra. La Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado que este derecho de tanteo constituye una violación del derecho a la propiedad protegido por el Artículo 1 del Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos. *Hentrich vs. France*, 23 Corte Europea de Derechos Humanos (ser. A) 18 (1994).

[35] *“Se proscribire el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para cada tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades”.* Constitución de 1940, art. 90, primer párrafo.

[36] *“La Ley limitará restrictivamente la adquisición y posesión de la tierra por personas y compañías extranjeras y adoptará medidas que tiendan a revertir la tierra al cubano”.* Constitución de 1940 art. 90, segundo párrafo.

[37] En 1993, el régimen de Castro comenzó a negociar inversiones bilaterales con varios países, y al menos tres de estos tratados -los suscritos con España, Italia y el Reino Unido- han entrado en vigor. Ver Jorge F. Pérez-López y Matías F. Travieso-Díaz, *The Contribution of BITs to Cuba’s Foreign Investment Program*, 32 *Law & Pol’y Int’l Bus.* 529, 540 & n. 38 (2001).

[38] *“El padre de familia que habite, cultive y explote directamente una finca rústica de su propiedad, siempre que el valor de ésta no exceda de dos mil pesos, podrá declararla con carácter irrevocable como propiedad familiar, en cuanto fuere imprescindible para su vivienda y subsistencia, y quedará exenta de impuestos y será inembargable e inalienable salvo por responsabilidades anteriores a esta Constitución.... A los efectos de que pueda explotarse dicha propiedad su dueño podrá gravar o dar en garantía siembras, plantaciones, frutos y productos de la misma”.* Constitución de 1940, art. 91 (transcripción parcial).

[39] Los *Censos* son contratos mediante los cuales la propiedad real se sujeta al pago de una cantidad anual en como compensación por dinero adelantado. LOUIS ROBB, *DICCIONARIO DE TERMINOS LEGALES* at 23 (1965).

[40] *“No se podrán imponer gravámenes perpetuos sobre la propiedad del carácter de los censos y otros de naturaleza análoga, y en tal virtud queda prohibido su establecimiento. . . . Quedan exceptuados de lo prescrito en el párrafo anterior, los censos o gravámenes establecidos o que se establezcan a beneficio del Estado, la Provincia o el Municipio, o a favor de instituciones públicas de toda clase o de instituciones privadas de beneficencia”.* Constitución de 1940, art. 93 (transcripción parcial).

[41] *“Los bienes propios o patrimoniales del Estado sólo podrán enajenarse o gravarse con las siguientes condiciones: a) Que el Congreso lo acuerde en Ley extraordinaria, por razón de necesidad o conveniencia social; y siempre por las dos terceras partes de cada Cuerpo Colegislador. b) Que la venta se realice mediante subasta pública. Si se trata de arrendamiento se procederá según disponga la Ley. c) Que se destine el producto a crear trabajo, atender servicios o a satisfacer necesidades públicas. Podrá sin embargo, acordarse la enajenación o gravamen en Ley ordinaria y realizarse sin el requisito de subasta pública, cuando se haga para desarrollar un plan económico-nacional aprobado en Ley extraordinaria.”.* Constitución de 1940, art. 252.

[42] Los anales de la Asamblea Constituyente no arrojan luz sobre este punto. Ver 3 *CONSTITUCION DE CUBA* 227-28 (Andrés M. Lazcano y Mazón ed. 1941).

[43] *“El incremento del valor de las tierras y de la propiedad inmueble, que se produzca sin esfuerzo del trabajo o del capital privado y únicamente por causa de la acción del Estado, la Provincia o el Municipio, cederá en beneficio de éstos la parte proporcional que determine la Ley”.* Constitución de 1940, art. 273.

[44] *“Serán nulas las estipulaciones de los contratos de arrendamiento, colonato o aparcería de fincas rústicas que impongan la renuncia de derechos reconocidos en la Constitución o en la Ley, y también cualesquiera otros pactos que ésta o los Tribunales declaren abusivos (siguen disposiciones sobre la regulación de dichos contratos)”* Constitución de 1940,

(transcripción parcial).

[45] “La Ley regulará la siembra y molienda de la caña por administración, reduciéndolas al límite mínimo impuesto por la necesidad económico-social de mantener la industria azucarera sobre la base de la división de los dos grandes factores que concurren a su desarrollo: industriales o productores de azúcar y agricultores o colonos productores de caña”. Constitución de 1940, art. 275.

[46] “Serán nulas y carecerán de efecto las leyes y disposiciones creadoras de monopolios privados, o que regulen el comercio, la industria y la agricultura en forma tal que produzca ese resultado. La Ley cuidará especialmente de que no sean monopolizadas en interés particular las actividades comerciales en los centros de trabajo agrícolas e industriales”. Constitución de 1940, art. 276.

[47] Una versión preliminar del artículo 276 se refería al "comercio, industria, actividades agrícolas y las profesiones". 3 ANALES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE, 288. El texto se cambió a "comercio, industria y agricultura", con el propósito de excluir monopolios privados como por ejemplo, del cuerpo médico. Quienes elaboren la nueva constitución tendrán oportunidad de someter las profesiones a la disciplina del mercado.

[48] Ver, por ej., STEVEN J. EAGLE, REGULATORY TAKINGS, § 2-8(g)(2), p. 193 (2 ed. 2001).

[49] Ver *Coniston Corp. vs. Village of Hoffman Estates*, 844 F.2d 461, 464 (7 Cir. 1988) (J. Posner) (“Muchos dueños son 'intramarginales', lo cual quiere decir que debido a los costos de relocalización, lazos sentimentales o la especial adecuación de la propiedad para sus necesidades particulares (tal vez idiosincráticas), dan a su propiedad un valor mayor que el que tendría en el mercado (por lo tanto, no está 'a la venta')”).

[50] Las experiencias en países centroeuropeos y de Europa oriental demuestra que es posible devolver propiedades confiscadas a sus dueños originales sin desanimar la inversión extranjera. La Dra. Cheryl Grey, economista relevante en el departamento de investigación de políticas del Banco Mundial, estudió la manera en la que los sistemas legales domésticos en esos países han afectado la inversión extranjera directa. Escribió:

“Se temía inicialmente que la inversión extranjera fuera obstruída por las disputas domésticas sobre los derechos a la propiedad, ya que [Bulgaria, la República Checa, Hungría, Polonia, Rumanía y Eslovaquia] aprobaron leyes estableciendo la restitución de la propiedad a dueños de la era anterior al comunismo. *En la mayoría de estos casos, este temor no se ha materializado.* Las ventas de propiedad conducidas por el estado, combinadas con privatizaciones masivas en algunos de los países están consiguiendo poco a poco establecer un mercado de propiedades y un sistema posible de derechos a la propiedad, aunque existen restricciones... e incertidumbres”

Cheryl W. Gray & William W. Jarosz, *Law and the Regulation of Foreign Direct Investment: The Experience From Central and Eastern Europe*, 33 Colum. J. Transnat'l L. 1, 22 (1995) (se omiten las notas a pie de página) (se ha añadido la negrita).

[51] Ver Brice M. Clagett, *Public International Legal Standards Applicable to Property Expropriation in Cuba*, en CUBA IN TRANSITION: OPTIONS FOR ADDRESSING THE CHALLENGE OF EXPROPRIATED PROPERTIES, 13-19 (JoAnn Klein ed., 1994) (trabajos presentados en la Reunión Anual de la American Bar Association en 1994).

[52] Ver, por ej, Acuerdo sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 27 de mayo de 1994, España-Cuba, art. 5, 1902 U.N.T.S. I-32428.

## **SOBRE LOS AUTORES**

**Oscar M. Garibaldi** es Socio en Covington & Burling en Washington, D.C. Es miembro de la Barra de Abogados del Distrito de Columbia, de Buenos Aires (Argentina) y de España. Recibió su L.L.M. en 1975 de la Escuela de Derecho de Harvard, y tu título de Abogado (J.D.) en 1973 de la Escuela de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con Diploma de Honor. Fue Profesor Visitante Asistente de Leyes en la Escuela de Derecho de Cornell en 1976-1978 y Conferencista en la Escuela de Derecho de la Universidad de Virginia en 1979-1981.

**John D. Kirby** es actualmente Abogado Asistente de los Estados Unidos en San Diego, California y fue Asociado de Covington & Burling en Washington, D.C. Es Miembro de la Barra de Abogados del Distrito de Columbia. El Sr. Kirby se graduó (J.D.) en 1990 de la Escuela de Leyes de Cornell.