

Esta publicación fue posible gracias al apoyo prestado por el Bureau for Latin America and the Caribbean, U.S. Agency for International Development, bajo los términos del Award No. EDG-A-00-02-00007-00. Las opiniones expresadas en el presente son las del autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de la U.S. Agency for International Development.

ESTABLECIMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO EN CUBA

Por

Laura Patallo Sánchez*

**Laura Patallo Sánchez es en la actualidad Investigadora en el Instituto para Estudios Cubanos y Cubanoamericanos, Universidad de Miami, Coral Gables, Florida. Graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami, anteriormente se dedicó al ejercicio privado de la profesión en el bufete Hughes Hubbard & Reed, Miami Florida. y más recientemente en el bufete Morgan Lewis & Bockius LLP, Miami, Florida.*

La autora agradece al Profesor Alan Swan, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami por sus valiosas opiniones referentes al estado de derecho y sus comentarios sobre este trabajo.

Resumen ejecutivo

Uno de los principales objetivos de muchos países en desarrollo y países en transición es el de crear un Estado basado en el derecho. Este énfasis proviene de la creencia ampliamente extendida de que la existencia del Estado de Derecho, acompañado de la democracia y la libertad política, es necesario para el crecimiento y la prosperidad económica.

El Estado de Derecho sustituye a la voluntad arbitraria por la exigencia de que el Estado articule razones que justifiquen el uso del poder, y promete que los ciudadanos solo pueden estar obligados por órdenes que sean consecuencia de un proceso justo y racional. Para alcanzar estos objetivos, el Estado de Derecho exige que el mando esté equitativamente generalizado mediante la aplicación de la ley, una cantidad considerable de predictibilidad, una función legislativa que promulgue las órdenes y un poder judicial independiente que establezca la legitimidad de las mismas y sus aplicaciones concretas, y una fidelidad muy extendida al principio de que nadie está por encima de la ley.

El ideal democrático exige además que un auténtico Estado basado en el derecho esté legitimado por el consentimiento de sus súbditos. El Estado democrático basado en el derecho está, por consiguiente, más cercano al ideal del Estado de Derecho en el sentido de que presupone rendición de cuentas a sus ciudadanos y una sociedad civil activa que respete las libertades y derechos básicos de sus ciudadanos.

Dentro de este marco conceptual, el establecimiento de un Estado basado en el derecho requiere la creación de un marco legal tanto para apoyar y definir las operaciones del Estado como para crear los parámetros dentro de los cuales puedan funcionar las personas, los negocios y otras entidades legales. Para que este marco adquiera vitalidad, deben crearse instituciones democráticas, instituciones no solo capaces de producir reglas sino también capaces de establecer las normas para determinar qué reglas deben ser reconocidas. Finalmente, debe desarrollarse una cultura de Estado de Derecho, y las personas deben llegar a creer que la ley, en su esfera adecuada, es suprema.

Hoy Cuba no funciona bajo lo que se pueda describir, incluso en la descripción más amplia, como un Estado de Derecho. Cuba, naturalmente, está regida por la ley por el hecho de que en Cuba hay una plétora de leyes. Sin embargo, en Cuba no hay un gobierno constreñido por la ley. La ausencia de instituciones democráticas y la falta de respeto por la ley y la autoridad del Estado en general, harán que la transición hacia la democracia y la creación en Cuba de un Estado basado en las leyes sea un proceso largo y arduo. Conllevará no solo la creación de instituciones democráticas nuevas y de un marco legal completamente nuevo sino también, lo que posiblemente sea más difícil, la creación de una sociedad civil que respete la ley y las instituciones públicas – una cultura de Estado de Derecho.

Después de que comience la transición, Cuba tendrá que construir el Estado de Derecho empezando desde el principio. El proceso debiera comenzar por un intento de

construir una cultura de Estado de Derecho. La creación de una cultura de Estado de Derecho requerirá que los ciudadanos empiecen a participar en la vida política de la nación y que creen, mediante y con su consentimiento, un nuevo gobierno que rinda cuentas a sus ciudadanos. La manera más clara de manifestar el consentimiento a un nuevo gobierno la constituye la adopción popular de una constitución. El proceso de promulgar constituciones postcomunistas ha diferido en países en transición pero todos los países de Europa oriental y central, al igual que Rusia, han tomado esta importante medida en sus esfuerzos por crear Estados democráticos basados en la ley.

Los cubanos debieran establecer un proceso para la adopción de una constitución que refleje los valores de la sociedad, que fije los parámetros para el Estado, y que establezca los derechos básicos de los ciudadanos. Debieran establecerse procedimientos para la creación de algún tipo de asamblea constituyente en la que los representantes debatan y redacten una propuesta de constitución. La asamblea constitucional debiera incluir, bien un número igual o proporcional de representantes de todos los sectores de la sociedad cubana, incluyendo grupos de oposición o grupos de disidentes, tanto si están en Cuba como si están en el exilio, miembros del Partido Comunista Cubano – PCC, y miembros de cualquier otro partido político u organización no gubernamental que exista en Cuba en el momento en que empiece la transición. Cada grupo representativo seleccionaría a sus delegados. El borrador de constitución debiera ser adoptado por voto popular o por la mayoría de delegados o representantes de la asamblea constituyente. Según los procedimientos que se establezcan, podrían celebrarse unas elecciones competitivas antes o después de la promulgación de una nueva constitución.

El proceso de crear un Estado de Derecho no termina, sin embargo, con la promulgación de una nueva constitución. Debe seguirle la creación de instituciones democráticas que respalden aún más el Estado de Derecho. La creación de instituciones democráticas, especialmente donde no ha existido ninguna, llevará años. Aunque no se pueden subestimar la importancia ni la dificultad de crear instituciones democráticas, es necesario hacer esfuerzos para establecer tales instituciones, puesto que sin ellas no existirá una estructura para gobernar, y las reformas se entorpecerán o fracasarán.

Las instituciones creadas para legitimar el uso del poder del Estado debieran incluir instituciones que permitan la rendición de cuentas y protejan las expectativas creadas por el Estado de Derecho. En consecuencia, debieran crearse y desarrollarse numerosas instituciones, entre ellas un proceso electoral democrático y libertad de prensa. Elecciones libres y una prensa libre darán mayor importancia a la rendición de cuentas y permitirán el fortalecimiento de las instituciones y los ideales democráticos. Otras instituciones existentes, entre ellas el poder judicial, la profesión legal, el sistema educativo y el orden público, también deben ser reformadas o creadas de nuevo para funcionar en una sociedad abierta. Un poder judicial independiente, abogados independientes capacitados para defender casos en nombre de clientes y para respaldar derechos individuales y de propiedad, un sistema educativo que fomente los valores cívicos y que tenga por objeto instruir a los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones en una sociedad libre, y una fuerza policial libre de corrupción que no se use ya con fines de represión, son todos necesarios para crear una sociedad fuerte y libre.

Otro componente de gran importancia para la reforma es la incorporación, en la constitución, de los conceptos de separación de poderes y el control judicial de los actos de la Administración. La introducción de estos dos conceptos en la nueva Constitución Cubana creará limitaciones institucionales al poder y servirá para controlar el abuso o el mal uso del poder.

Una vez que haya empezado la transición y se haya constituido un cuerpo legislativo, puede empezar formalmente el proceso de crear un marco legal para Cuba. La legislatura recién constituida debiera tener la autoridad para revocar leyes existentes y para promulgar las muchas leyes nuevas necesarias para fomentar el crecimiento económico y proteger los derechos de los ciudadanos. Como parte de este proceso, la legislatura debiera considerar la creación de procedimientos para revisar las leyes existentes para determinar cuáles requerirán la revocación o reforma inmediata y para determinar qué áreas de la legislación requieren atención inmediata. Entre las leyes que requieren revocación inmediata están muchas leyes de tipo penal que violan derechos individuales o humanos, tales como la ley contra la “peligrosidad”, leyes que tildan de “contrarrevolucionarios” a quienes hablan mal de Fidel Castro o del gobierno, y las leyes que limitan la libertad de expresión o la libertad de asociación. Entre las áreas de preocupación inmediata en lo referente a reforma o a promulgación de nuevas leyes, están las leyes que rigen la entrada en el mercado o la salida del mismo, incluyendo leyes que permiten la propiedad de bienes privados, que establecen derechos contractuales y rigen la creación de entidades de negocios, tales como corporaciones, sociedades, compañías de responsabilidad limitada, etc., y leyes sobre banca y finanzas. Cada una de las áreas de reforma requerirá mucho estudio y debate, así como muchos intentos de borrador. Puesto que todas las reformas no pueden llevarse a cabo inmediatamente, el proceso es, a veces, incremental. No obstante, debiera darse un gran empujón en las fases iniciales en un esfuerzo por crear una base para reformas económicas y políticas, y la creación de nuevas instituciones para respaldar las reformas.

Finalmente, deben promulgarse nuevas leyes a la medida de las actuales circunstancias de Cuba y crearse normas de conducta que sean consecuentes con los valores políticos, económicos y morales de la sociedad, al igual que con sus tradiciones y normas culturales. Las leyes que no se adapten a estos factores pueden ser rechazadas, ampliamente ignoradas, o no producir los resultados apetecidos.

Se puede debatir si el establecimiento del Estado de Derecho es uno de los elementos más importantes y difíciles de la transición. La tarea de transformar a Cuba de una sociedad sin leyes a una sociedad basada en las leyes exigirá cambios no solo en el orden legal, sino también en los órdenes político, social y cultural. El éxito no está asegurado. Probablemente las reformas se enfrentarán a la oposición de una arraigada burocracia y un favoritismo muy extendido. A fin de cuentas, el éxito de las reformas democráticas necesitará un amplio apoyo por parte de todos los segmentos de la sociedad.

Se empezará a desarrollar una cultura que sea capaz de apoyar el Estado de Derecho si este amplio apoyo se materializa y la mayoría de los ciudadanos consiente en

una determinada forma de gobierno, acepta un Estado de Derecho democrático, y adapta su conducta a las normas estipuladas en las leyes. La cultura del Estado de Derecho se fortalecerá más cuando, a lo largo del tiempo, los ciudadanos empiecen a ver que, de hecho, el gobierno les rinde cuentas, que sus líderes respetan la ley y que no se sitúan por encima de ella, que las instituciones que ellos crean funcionan de manera que protegen sus derechos individuales y los derechos de otros en la sociedad, que hay procesos y mecanismos para mantener a raya el poder del Estado, y que, en términos generales, se benefician si acatan las leyes.

Establecimiento del Estado de Derecho en Cuba

Introducción

La existencia del Estado de Derecho se asocia, por lo general con democracia, libertad y prosperidad económica. No es sorprendente, pues, que el establecimiento del Estado de Derecho sea el objetivo declarado de países en vías de desarrollo y en países en fase de transición. Pero, ¿qué es el Estado de Derecho? ¿Qué instituciones lo apoyan? ¿Cómo podemos esperar que sea el proceso? ¿Se puede acelerar?

Hay que ocuparse de estas preguntas en cualquier discusión referente al futuro de Cuba. El proceso de transición es, por su naturaleza, algo fluido, y los procesos o programas que se implementan en el momento en que empieza la transición pueden tener que ser adaptados ante condiciones cambiantes o inesperadas. No obstante, esta discusión puede servir de guía en cualquier esfuerzo futuro para crear en Cuba un Estado basado en la ley, al aclarar la naturaleza del Estado de Derecho e identificar y ocuparse de los elementos necesarios para establecerlo.

Las finalidades de este trabajo son 1) ofrecer una visión general del concepto del Estado de Derecho; 2) ofrecer una visión general de las actuales estructuras legal y política de Cuba en cuanto a su relación con el Estado de Derecho; y 3) discutir formas en que el Estado de Derecho puede ser fomentado en Cuba después de la transición.

Definición del Estado de Derecho¹

Al programar un gobierno que tiene que ser administrado por hombres por encima de hombres, la gran dificultad radica en lo siguiente: Usted tiene

que empezar por potenciar al gobierno para que... [controle] al gobernado;
y, a continuación, obligarlo a... [que se controle] a sí mismo.²

El Estado de Derecho es un ideal que, en su nivel más básico, trata de controlar el uso del poder. Exige que el poder se use solamente si el ejercicio de ese poder está autorizado o permitido por la ley o por una concesión legal de poder por parte de una autoridad legítima, constituida legalmente. El Estado de Derecho incorpora dos ideas principales: 1) las leyes deben sustituir el uso arbitrario del poder; y 2) todas las personas son iguales ante la ley y están sujetas a la ley.³ El deseo arbitrario es reemplazado por la exigencia de que el Estado articule las razones que justifiquen el uso del poder.⁴

El Estado de Derecho no promete resultados en la misma medida en que promete un enfoque, un proceso, una práctica de dar las razones, un conjunto de convenciones argumentativas. El Estado de Derecho establece límites a su discurso. Hasta donde el Estado de Derecho es en sí mismo una regla, es una regla de inclusión y de exclusión de razones, una regla de pedigrí.⁵

Así, el Estado de Derecho promete que los ciudadanos pueden estar obligados solamente por órdenes lícitas y que un proceso justo y racional permite a los ciudadanos desafiar el poder del Estado.⁶ El Estado de Derecho también promete libertad individual para perseguir prosperidad o felicidad sin interferencias indebidas por parte del Estado. Con el fin de satisfacer estas promesas, “el Estado de Derecho exige un mando generalizado a través de la ley; una cantidad considerable de predictibilidad legal...; una

separación significativa entre las funciones legislativa y judicial; y un acatamiento generalizado del principio de que nadie está por encima de la ley”.⁷

El crecimiento del constitucionalismo ha agregado un elemento adicional a la concepción del Estado de Derecho. Con el fin de establecer un verdadero Estado de Derecho, un gobierno que pretenda crear un Estado basado en la ley debe estar legitimado por el consentimiento de los gobernados. Si no hay consentimiento por parte de los gobernados, no se cumple con los requisitos del Estado de Derecho, ya que incluso los tiranos y los dictadores pueden alegar que su mandato es a través de la ley. El Estado democrático basado en la ley es, por consiguiente, lo más cercano al ideal del Estado de Derecho en el sentido de que presupone rendición de cuentas a sus ciudadanos y una sociedad civil activa que respete las libertades y derechos básicos de sus ciudadanos.⁸

James W. Torke, profesor de derecho de la Universidad de Indiana, ha descrito el Estado de Derecho como una pirámide de tres niveles.⁹ El nivel más alto de la pirámide lo constituyen las leyes en sí, tales como la constitución, estatutos, reglas y regulaciones. Estas son “constricciones formales”¹⁰ de la ley. La sección intermedia de la pirámide la constituyen instituciones tales como el gobierno constitucional, separación de poderes, control judicial de la administración pública por parte de tribunales independientes, una prensa libre, elecciones libres, y procesos gubernamentales abiertos. Estas son “constricciones institucionales”.¹¹ La base de la pirámide, la parte que sostiene toda la estructura, es la creencia en el Estado de Derecho – la creencia en que la ley, en su esfera apropiada, es suprema.¹² Sin una aceptación muy extendida de esta creencia, un Estado de Derecho no puede sostenerse.

Dentro de este marco conceptual, el establecimiento de un Estado basado en la ley requiere la creación de un marco legal que sostenga el funcionamiento del Estado y que cree los parámetros dentro de los cuales puedan funcionar las personas, los negocios y otras entidades legales. A fin de crear, implementar, interpretar, y aplicar esas leyes, deben crearse instituciones democráticas con objeto de establecer de los parámetros para producir reglas y proporcionar normas que determinen qué reglas serán reconocidas.¹³ Finalmente, debe desarrollarse una cultura de Estado de Derecho entre las personas y las personas deben llegar a creer en las promesas y aceptar las obligaciones del Estado de Derecho.

Situación del Estado de Derecho en Cuba

La historia de Cuba como nación independiente refleja una preocupación menos que ejemplar en lo referente al Estado de Derecho. A lo largo de la corta vida de la República, de 1902 a 1959, los cubanos persiguieron el ideal de crear una democracia; en realidad el sueño de una Cuba independiente, democrática y socialmente justa alimentó la lucha por la independencia. Aunque una variedad de partidos políticos florecieron y trataron de participar en la vida política de la nación durante los años de la República, ni la observancia de las leyes ni el respeto por las instituciones fueron nunca muy fuertes. Los años transcurridos entre la independencia y la subida de Castro al poder se caracterizaron por períodos de relativa estabilidad seguidos de disturbios políticos y civiles. La corrupción y la venalidad representaban graves obstáculos para el desarrollo político y económico del país y la creación de un Estado democrático. En muchas ocasiones las elecciones fueron contaminadas con fraudes o fueron suspendidas debido a

disturbios civiles y, como resultado, Cuba sufrió varias ocupaciones militares por parte de los Estados Unidos, en virtud de la ignominiosa Enmienda Platt.¹⁴

Un punto destacado en la historia política de Cuba fue la promulgación de la Constitución Cubana en 1940, por parte de una Asamblea Constitucional compuesta por representantes de todos los partidos políticos de Cuba. La constitución de 1940 fue considerada como un gran adelanto en la vida política de Cuba y tenía la finalidad de establecer los parámetros de un Estado democrático con énfasis en el fomento de la igualdad social. Muchos confiaban en que la nueva constitución, adoptada con tan amplio apoyo, iniciaría una nueva era en la política cubana. Las grandes esperanzas se esfumaron muy pronto. Muchas de las disposiciones de la constitución de 1940 nunca llegaron a implementarse en su totalidad, y la inestabilidad política no mejoró. Las últimas elecciones presidenciales libres en Cuba tuvieron lugar en 1948, cuando el golpe militar de Batista frustró las elecciones previstas para el año 1952. Poco después del golpe de Batista, se suspendió la constitución de 1940, preparando el terreno para la aparición de Castro.

Hoy Cuba no funciona ni siquiera bajo la definición más flexible de Estado de Derecho. Algunos pueden describirla como mando según las leyes, por el hecho de que en Cuba hay multitud de leyes.¹⁵ Sin embargo el gobierno cubano no es uno que esté constreñido por la ley. Más bien usa “la ley como un instrumento que el poder utiliza para obligar”.¹⁶ Para entender lo que esto significa es necesario revisar la estructura del gobierno y del sistema legal en Cuba.

El gobierno está estructurado bajo el principio de “unidad de poder”.¹⁷ Bajo esta teoría todos los poderes legislativos y ejecutivos del Estado están asignados o delegados

en un organismo democrático representativo. “Este organismo político representativo es el órgano del poder del Estado y el único capaz de crear leyes y controlar las actividades de todos los demás órganos del Estado”.¹⁸ Bajo el concepto de unidad de poder se crea una estructura piramidal mediante la cual “la verdadera toma de decisiones está concentrada en unas pocas manos mientras, en teoría, todo el poder... es, a fin de cuentas, otorgado mediante la elección de asambleas municipales”.¹⁹ La Constitución cubana consigue este resultado y, a fin de cuentas, coloca todo el poder legislativo y ejecutivo en las manos de Castro.

Durante los últimos 43 años, Cuba ha sido gobernada por un hombre, Castro, a través de un partido, el Partido Comunista de Cuba (PCC). El PCC, con Castro a la cabeza, es la fuerza impulsora del Estado cubano.²⁰ “Organiza y dirige todos los esfuerzos comunes hacia la creación del socialismo y hacia el progreso de la sociedad comunista”.²¹ Los ciudadanos no pueden ejercer sus derechos en oposición a la constitución o a las leyes de Cuba, ni contra la llamada decisión del pueblo cubano de establecer el socialismo”.²²

En todas las elecciones desde 1976, cuando el régimen de Castro empezó a institucionalizar la Revolución y promulgó la Constitución cubana comunista, Fidel Castro y su hermano Raúl han sido elegidos por unanimidad por parte de la Asamblea Nacional como Presidente y Primer Vicepresidente, respectivamente, del Consejo de Estado. La Asamblea Nacional, supuestamente la depositaria del poder popular, es elegida partiendo de listas de candidatos preparadas por el PCC. Se reúne solamente unos pocos días al año con la única finalidad de aprobar rutinariamente las decisiones que emanan del Buró Político del PCC. Mientras la Asamblea Nacional no está en sesión, el

Consejo de Estado y el Consejo de Ministros tienen virtualmente libertad ilimitada para legislar sobre cualquier asunto en la forma que deseen, por lo general bajo la orientación y el control del Buró Político y del PCC.

La totalidad del sistema legal está basado en el concepto de legalidad socialista, que define el sistema legal como un instrumento político a ser usado para fomentar los valores y objetivos socialistas. Las leyes se interpretan y aplican de la manera que sea necesaria para lograr los objetivos socialistas definidos por el PCC. Todos los demás intereses están subordinados a estos objetivos, y cuando se interpretan y aplican leyes bajo el concepto de legalidad socialista, el fin justifica los medios. El concepto de legalidad socialista da una gran flexibilidad a los fiscales, jueces, y otros actores del Estado al aplicar e interpretar la ley.²³ Esta flexibilidad, estando basada en expresiones cambiantes de sensibilidad socialista, es incompatible con el Estado de Derecho por el hecho de que, con el fin de llegar al “resultado correcto”, se sacrifica constantemente la predictibilidad en la aplicación o interpretación de las leyes.

El poder judicial está subordinado a las agencias políticas del gobierno.²⁴ No existen tribunales independientes para fallar sobre asuntos de derecho y de hecho o para impugnar actos del gobierno o el uso del poder del gobierno de alguna manera.²⁵ En vez de esto, es la Asamblea Nacional quien tiene derecho a determinar la constitucionalidad de todas las leyes.²⁶ Los tribunales no hacen cumplir con uniformidad las leyes existentes. De hecho, muchas veces las leyes no se hacen cumplir en lo más mínimo, especialmente cuando están relacionadas con los pocos derechos individuales que hay para los cubanos,²⁷ y, cuando se hacen cumplir, con frecuencia es con efectos retroactivos. Las leyes, las regulaciones o las reglas administrativas no tienen la publicidad adecuada y

muchas personas no están conscientes de su aplicación hasta que se enredan con ellas. como ocurre muchas veces con compañías extranjeras que tratan de hacer negocios en Cuba. Por otra parte, las leyes son cambiadas con frecuencia y sin mucho aviso.

Se les exige a los fiscales que tengan “una sensibilidad revolucionaria extremada” y que apliquen y hagan cumplir las leyes para alcanzar objetivos revolucionarios.²⁸ El sistema de justicia penal se basa en la ausencia de posiciones opuestas, en el que ambas partes, los abogados de la fiscalía y la defensa, buscan “la verdad”. Aunque un sistema legal no tiene que basarse necesariamente en posiciones opuestas, la combinación de un sistema en que no hay posiciones opuestas, con la estructura política de Cuba y su objetivo profesado de hacer progresar el socialismo, no conduce a la protección de las libertades individuales ni al control del poder del Estado.

La economía cubana, controlada por el Estado, que se apoyaba enormemente en la Unión Soviética y sin llegar a ser nunca independientemente fuerte, se desintegró junto con la Unión Soviética. Desde 1990, ha estado bajo un “Período Especial”, designado así por el gobierno, durante el cual se ha pedido a los cubanos que hagan muchos sacrificios personales y que acepten grandes privaciones económicas con el fin de conservar la nación comunista. El Período Especial está entrando en su año decimotercero sin que se vea la luz al final del túnel.²⁹ A pesar de los esfuerzos de Castro, en el 1992, por abrir la isla a la inversión extranjera, el Producto Interno Bruto (PIB) en 1998, estaba todavía un 21 por ciento por debajo del PIB del 1989.³⁰

Frente a este telón de fondo político, legal, social y económico, no puede sorprendernos el hecho de que muchos cubanos estén considerando las leyes como meras molestias, en el mejor de los casos, o, en el peor de los casos, como obstáculos en sus

esfuerzos por vivir día a día. Está aumentando la conducta antisocial y delictiva por el hecho de que los cubanos roban y hurtan de empresas del Estado, trafican en el mercado negro, o se dedican a la prostitución o a otros medios para sobrevivir. Las circunstancias existentes hoy en Cuba conspiran para erosionar cualquier respeto que pudiera existir por la legitimidad de las leyes en general como medio para poner orden en la sociedad.

La ausencia de instituciones democráticas o de respeto por las leyes y la autoridad del Estado en general hará que la transición a la democracia en Cuba y la creación de un Estado basado en la ley sea un proceso largo y arduo. Conllevará no solo la creación de instituciones democráticas nuevas y de un marco legal completamente nuevo sino también, lo que posiblemente sea más difícil, la creación de una sociedad civil que respete la ley y las instituciones públicas – una cultura de Estado de Derecho.³¹

Establecimiento del Estado de Derecho en Cuba

Toda la maquinaria del Estado cubano de hoy está estructurada para permitir que se lleve a cabo sin obstáculos la voluntad arbitraria de Castro y del PCC.³² No existen procedimientos para controlar el poder del gobierno ni para garantizar la rendición de cuentas a los ciudadanos, como demuestra el proceso que utilizó el gobierno de Castro para sofocar el Proyecto Varela.³³ Paraphrasing a James Madison, el gobierno ha tenido mucho éxito controlando a los gobernados; pero ha fallado de una manera abyecta en cuanto a controlarse a sí mismo. En pocas palabras, no hay Estado de Derecho.

Después de que comience la transición, Cuba tendrá que construir el Estado de Derecho empezando desde el principio. El proceso debiera empezar con un intento de construir la base de la pirámide de Torke—la creación del Estado de Derecho. Esto

requerirá que los ciudadanos empiecen a participar en la vida política de la nación y que creen, mediante y con su consentimiento, un nuevo gobierno. La creación de un nuevo gobierno cuyos cimientos consistan en el consentimiento del pueblo es la única manera de empezar a establecer una cultura de Estado de Derecho. El primer paso, por consiguiente, debiera ser la creación de un gobierno legítimo, en la forma de una democracia constitucional, que rinda cuentas a sus ciudadanos. Ese gobierno, a su vez, debe comenzar a construir nuevas instituciones que sostendrán a la democracia y al Estado de Derecho en Cuba. La creación de instituciones democráticas, especialmente donde no ha existido ninguna, llevará años, pero no se debe subestimar la importancia de crear estas instituciones. Sin ellas no se le dará una estructura al gobierno y las reformas se entorpecerán o fracasarán.³⁴ Al mismo tiempo debe iniciarse el proceso de crear un nuevo marco de leyes que protejan los derechos humanos, los derechos individuales, y los derechos a la propiedad.

La creencia en el Estado de Derecho: "La cultura del Estado de Derecho"

Para que florezca una sociedad basada en la ley, los ciudadanos deben creer en el Estado de Derecho. Deben desarrollar una cultura legal en la que las personas cumplan con la ley, aunque el hacerlo no esté en sus intereses a corto plazo, a cambio de establecer un orden legal predecible que rija la relación entre el Estado y sus ciudadanos, así como los derechos individuales y los derechos de propiedad. Este componente del Estado de Derecho es el más difícil de lograr y, sin embargo, en sus últimas consecuencias es el más importante. Si no se desarrolla una cultura de este tipo, la mayor parte de las veces las

leyes no se cumplirán mientras exista la situación, y fracasará la capacidad del Estado de establecer un orden legal que funcione, en perjuicio de todos.

El comunismo en la era posttotalitaria no fomenta el respeto por la ley ni se ajusta a ella, ni tiene un deseo voluntario de acatar la ley.³⁵ En vez de ello, el tórpido sistema pide con regularidad un reconocimiento público ritualista o la aprobación del gobierno por parte de ciudadanos que en privado lo desdeñan o por el que sienten una total apatía.³⁶ ¿Cómo puede, pues, empezar a crear un Estado de Derecho la sociedad posttotalitaria? Aparentemente un primer paso importante es el de cambiar actitudes en lo referente a la ley y al Estado y hacer que los ciudadanos participen todo lo posible en la vida política del Estado. Una forma de hacerlo es partiendo de la premisa de que hay que establecer un nuevo gobierno en Cuba con el consentimiento de los ciudadanos y que este gobierno tendrá que rendir cuentas a sus ciudadanos.

Si una cultura de Estado de Derecho presupone una democrática rendición de cuentas y requiere el consentimiento de los gobernados para cualquier gobierno que se establezca, ¿cómo puede manifestarse dicho consentimiento? La forma más clara de manifestar el consentimiento en un nuevo gobierno es mediante la adopción popular de una constitución. El proceso de promulgar constituciones después del comunismo ha diferido en países en transición, pero todos los países de Europa oriental y central, y Rusia, han dado este paso importante en los esfuerzos por crear estados democráticos basados en la ley.

La República Checa

En la República Checa, antes de la promulgación de una nueva constitución hubo elecciones populares. Las elecciones populares tuvieron lugar en junio del 1992, después de las cuales el parlamento creó una comisión para la preparación de la nueva constitución. Esta comisión incluía representantes de todos los partidos políticos, en proporción al número de personas registradas en sus partidos respectivos, y estaba presidida por el Presidente del Parlamento.³⁷ A la Comisión se le presentó un borrador de constitución basado en la Constitución Checa de 1920, que fue debatido y aprobado por la comisión en el transcurso de seis meses.³⁸ El Parlamento votó, por mayoría aplastante, en favor de que se adoptase la constitución.³⁹

Bulgaria

Después de que fue derrocado el Secretario del Partido Comunista y Jefe de Estado Búlgaro en un golpe dentro del partido en 1989, se iniciaron unas discusiones de mesa redonda entre el Partido Comunista Búlgaro (posteriormente cambiado de nombre a Partido Socialista Búlgaro) y la Unión de las Fuerzas Democráticas, una coalición de sindicatos, organizaciones políticas informales, organizaciones religiosas, y ecologistas. En junio de 1990 hubo elecciones competitivas y se eligió una Gran Asamblea Nacional. Esta Asamblea promulgó una nueva Constitución democrática en julio de 1991.⁴⁰

Hungría

Hungría siguió un camino distinto. La promulgación de una nueva constitución precedió las elecciones populares libres y competitivas. La constitución húngara fue consecuencia de una serie de reuniones entre representantes del Parlamento, todos ellos miembros del partido comunista húngaro (Partido de los Trabajadores Socialistas Húngaros) y la Mesa Redonda de la Oposición, compuesta de representantes de los partidos de oposición, con el propósito de enmendar la constitución comunista de 1949.⁴¹ Se enmendó aproximadamente el 80 por ciento de la constitución y la versión enmendada fue aprobada en septiembre de 1989. Hubo elecciones competitivas, por primera vez, en marzo de 1990.⁴² El proceso de reforma constitucional ha sido motivo de críticas por su naturaleza no republicana. Los miembros del Parlamento que participaron en la redacción de la constitución habían sido elegidos cuando Hungría era todavía un sistema de un solo partido y, por consiguiente, no habían sido elegidos democráticamente en elecciones competitivas. La Mesa Redonda de la Oposición estaba compuesta de organizaciones anticomunistas que habían surgido a lo largo de los años y, debido al sistema existente en Hungría antes de las elecciones de 1990, nunca habían sido seleccionadas para representar la oposición.⁴³ Sin embargo, resultó una constitución con la que se podía trabajar, y Hungría ha celebrado elecciones competitivas desde 1990, habiendo tenido un gran éxito en la transición.

Polonia

Polonia representa una situación algo híbrida en lo que respecta a la promulgación de una nueva constitución. En la década de 1980, como resultado de la aparición del

Partido Solidaridad, se introdujeron reformas económicas y políticas. Solidaridad fue reconocido como un partido político legítimo y se empezaron a celebrar elecciones entre dos partidos. En 1989, se creó una comisión constitucional para redactar la nueva constitución. En aquel momento el Parlamento Polaco (Seym) separó oficialmente dos tercios de sus escaños para el partido comunista y, como resultado, se estancó el proceso.⁴⁴ En 1992, se celebraron las primeras elecciones enteramente democráticas, y poco después se promulgó una nueva constitución conocida como la “Pequeña Constitución”. No fue hasta 1997 que se promulgó una constitución definitiva y permanente.⁴⁵

Aunque el camino seguido por los distintos países en transición para una nueva constitución ha variado, al final se han logrado resultados aceptables. se han creado formas de gobierno más democráticas que siguen funcionando hoy con el aparente consentimiento de la mayoría de los ciudadanos en cada país, no obstante los problemas que han enfrentado en el proceso los países en transición.

El caso de Cuba

Los cubanos deberían establecer un proceso para la adopción de una constitución que refleje los valores de su sociedad y fije los parámetros para el Estado. Deberían establecerse procedimientos para la creación de algún tipo de asamblea constitucional. La asamblea constitucional debería incluir un número igual o proporcional de representantes de todos los sectores de la sociedad cubana, incluyendo grupos disidentes, exiliados⁴⁶ y miembros del PCC⁴⁷ o cualquier otra organización no gubernamental que exista en Cuba en aquel momento. El borrador de constitución debiera ser entonces adoptado por voto

popular o por una mayoría de delegados o representantes de la asamblea constitucional. Según los procedimientos que se establezcan, la promulgación de una nueva constitución podría preceder o subseguir a unas elecciones competitivas.

A petición de los delegados, organizaciones tales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), pueden desempeñar un papel proporcionando ayuda técnica en la redacción, en investigación y en aspectos de otra índole, y en la supervisión de las elecciones o el referéndum. Sin embargo, es vital que el proceso sea dirigido por cubanos y para cubanos. No es probable que algo que sea impuesto por “alguien de fuera” tenga éxito a la larga, ya que no confrontará adecuadamente los temas exclusivos de los cubanos y de su cultura.⁴⁸

No obstante, el proceso de crear el Estado de Derecho no termina con la promulgación de una nueva constitución. Una nueva constitución creará el marco de gobierno y sentará las bases para la creación de instituciones democráticas que sostengan todavía más al Estado de Derecho.

Instituciones que sostienen al Estado de Derecho: constricciones institucionales de la ley

Un verdadero Estado de Derecho debe ser legitimado por un sistema democrático de rendición de cuentas y de justicia en el procedimiento (debido proceso).⁴⁹ Sin rendición de cuentas no hay Estado de Derecho. El sistema creado para legitimar el uso del poder del Estado debiera incluir instituciones que permitan la rendición de cuentas y proteja las expectativas creadas por el Estado de Derecho. Estas instituciones, a las que Torke llama “constricciones institucionales” en el Estado de Derecho, tienen que ser desarrolladas.

Algunos estudiosos no consideran que estas instituciones sean componentes del Estado de Derecho sino más bien dispositivos que sirven para implementar el Estado de Derecho.⁵⁰ Independientemente de que las mismas formen parte del Estado de Derecho o simplemente sirvan para sostenerlo, son componentes necesarios en la creación de un Estado basado en la ley. En consecuencia, debieran crearse las siguientes instituciones como parte del proceso de establecer un Estado de Derecho en Cuba.⁵¹

Un proceso electoral

El Estado de Derecho exige un proceso electoral democrático mediante el cual se programen y lleven a cabo con regularidad elecciones libres, justas y competitivas. Cuba no ha celebrado elecciones desde 1948. Cuba debe crear un proceso electoral y tomar medidas para el traspaso ordenado del poder. El proceso debiera tomar en cuenta un sistema de, por lo menos, dos partidos o, mejor aún, de partidos múltiples, y debe desarrollarse un modelo hecho a la medida que se ajuste a elecciones competitivas dentro del sistema elegido. Entre los modelos electorales están el sistema pluralista, el sistema de votos acumulados, el sistema de mayoría por doble papeleta, y el sistema de voto alternativo.⁵²

El sistema pluralista se usa en Estados Unidos, en el Reino Unido, en Canadá y en otros países de la antigua Mancomunidad Británica. Puede usarse en sistemas de dos partidos y de partidos múltiples. Los escaños legislativos van al candidato con mayor número de votos. En un sistema de partidos múltiples, el candidato puede ganar un escaño por simple pluralidad de los votos.⁵³ El sistema de votos acumulados, que se usa en Luxemburgo, es una modificación del sistema pluralista que permite al votante emitir

tantos votos como escaños existentes pero este puede distribuir sus votos de la manera que considere oportuna.⁵⁴

El sistema de mayoría por doble papeleta se usa en Francia y prevé una segunda vuelta electoral (una segunda papeleta electoral) si ningún candidato obtiene una mayoría. La segunda papeleta se limita a los candidatos que se postularon en la primera papeleta y obtuvieron el 12,5 por ciento de los votos. El sistema de voto alternativo es una variante del sistema de doble papeleta. Los votantes emiten su voto en la primera papeleta e indican su primera y segunda selección en la papeleta. Si ningún candidato obtiene una mayoría de votos, se redistribuyen los votos del candidato con menos número de votos entre las segundas selecciones de los votantes.⁵⁵

Además, los modelos deben ser adecuados para cualquier sistema de representación que se establezca. Por ejemplo, si se implanta una legislatura unicameral en el contexto de un sistema de partidos múltiples, se podría usar algún tipo de representación proporcional para asegurar al máximo la representación de todos los partidos políticos, incluyendo partidos de minoría. Si se implanta una legislatura bicameral, puede diferir el tipo de representación en cada una de las cámaras.

Una vez que se haya establecido un sistema electoral satisfactorio, debe otorgarse, a una legislatura elegida, el poder para que guíe el país y legisle de acuerdo con las normas específicas. Esos legisladores estarán sujetos a destitución si los votantes perciben que no están respondiendo a la voluntad de la ciudadanía o cumpliendo fielmente con sus obligaciones. De esta manera, los funcionarios elegidos están motivados para actuar en favor de los intereses de sus votantes o arriesgarse a perder su posición de poder.

Separación de poderes y control judicial de los actos de la Administración

Si bien la rendición de cuentas democrática es esencial para el Estado de Derecho, la adopción de los conceptos de separación de poderes y de control judicial de los actos de la Administración, contribuirá a controlar el abuso del poder.⁵⁶ Al separar los poderes del gobierno y proveerles con poderes diferenciados entre sí “la ambición... [puede hacer que] contrarreste la ambición”,⁵⁷ y el gobierno pueda vigilarse y controlarse a sí mismo.

Casi todos los países de Europa central y oriental adoptaron alguna forma de separación de poderes y de control judicial de los actos de la Administración cuando promulgaron sus nuevas constituciones. Estos conceptos han demostrado ser eficaces para evitar abusos del poder.⁵⁸

En la actualidad, Cuba rechaza tanto la separación de poderes como el control judicial de los actos de la Administración, y virtualmente concentra todo el poder en el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros. En la nueva constitución cubana debieran introducirse los conceptos de control judicial de los actos de la Administración y de separación de poderes. Debieran formarse ramas separadas del gobierno acordes con los dictados de la nueva constitución, y debiera darse el poder de controlar los actos de la Administración a un tribunal constitucional. La introducción de estos dos conceptos en la nueva Constitución Cubana creará constricciones institucionales sobre el poder y servirá para controlar el abuso o el mal uso del poder.

Aun si se adoptan estos conceptos, puede ser difícil implementarlos por varias razones. La sociedad cubana, tanto antes como después de Castro, se ha acostumbrado a que el poder sea ejercido por un presidente o jefe de Estado fuerte. Esta preferencia

histórica por un jefe de Estado fuerte puede crear resistencia al concepto de difusión de poderes. Es más: debido a la manera en que los tribunales han sido utilizados por el régimen de Castro para promover sus objetivos políticos socialistas, puede haber resistencia a la adopción de control judicial, que da a los tribunales un poder institucional más amplio. No obstante, estos conceptos deben ser introducidos y fomentados debido a que son elementos importantes del gobierno democrático. Si se crean instituciones adecuadas y eficaces, la confianza pública en el gobierno aumentará, al igual que la tendencia a confiar en la forma en que ejercen el poder las ramas legislativa y judicial.

Tribunales independientes

El Estado de Derecho exige que las leyes se apliquen y se interpreten de manera uniforme y justa, y que, cuando no sean consecuentes con la constitución, sean derogadas. Esto cae dentro del terreno del poder judicial. El poder judicial desempeña un papel vital en el establecimiento del Estado de Derecho ya que en esta jurisdicción territorial las leyes se aplicarán a personas concretas, y quedarán definidas las consecuencias de no cumplir con una ley determinada. Los tribunales decidirán si los actos del gobierno son válidos y resolverán disputas privadas entre partes. Los tribunales también podrán conocer apelaciones de tribunales administrativos establecidos para ocuparse de demandas o reclamaciones entabladas por quienes hayan sido afectados por decisiones de agencias gubernamentales o de organismos reguladores. Con el fin de desempeñar este papel, debe establecerse un poder judicial independiente, a cargo de jueces competentes e imparciales, al que se debe permitir actuar dentro de una amplia esfera institucional.

Los ciudadanos debieran tener amplio acceso al sistema judicial y la posibilidad de recurrir a los tribunales para resolver disputas legítimas. Las costas no debieran ser excesivas y, de ser necesario, habría que proporcionar a los litigantes algunos recursos para proseguir sus casos, incluyendo acceso a representación legal gratuita.

La judicatura cubana tiene que recorrer un largo camino antes de que pueda empezar a actuar eficazmente como una judicatura independiente y respaldar un Estado basado en la ley, en Cuba. Deben ampliarse las facultades institucionales de los tribunales y deben llevarse a cabo muchos cambios estructurales y administrativos.⁵⁹ La creación de un poder judicial independiente debe ser un objetivo del Estado cubano, si se va a establecer un Estado de Derecho.

Orden público

Las instituciones de orden público también sostienen el Estado de Derecho debido a que su papel es el de llevar a cabo las obligaciones que les han sido impuestas por ley, y el de proteger a las personas contra actos ilegales al tiempo que protegen la dignidad humana y defienden los derechos humanos.⁶⁰ El visible papel del orden público en cualquier sociedad exige que los funcionarios tengan el máximo cuidado para evitar el mal uso o el abuso del poder.

La reforma de las agencias de orden público y la recapitación de los funcionarios de orden público, son parte necesaria de una transición. El orden público en Cuba, lo mismo que todos los demás aspectos del sistema legal, tiene la finalidad de hacer valer los objetivos socialistas. El Estado de Derecho se sostiene en la medida en

que el orden público pueda ser visto como que persigue objetivos legítimos y que también los miembros las agencias de orden público están sujetos a las leyes.

Una profesión legal independiente

Debiera crearse una profesión legal independiente, y debiera proporcionarse educación legal con la vista puesta en la formación de abogados capacitados no solamente en leyes sino también en el método para determinar si el poder se está ejerciendo dentro de la legalidad. Los abogados debieran recibir capacitación para defender causas ante los tribunales de justicia u otros tribunales establecidos por ley y se les debiera permitir proseguir esos casos sin interferencias por parte del gobierno.

Hoy la profesión legal en Cuba consta principalmente de abogados que ejercen en bufetes controlados por el Estado, fiscales, y jueces nombrados que actúan estrictamente dentro de los parámetros establecidos por el gobierno. Los abogados no han sido formados para impugnar el uso del poder por parte del Estado y no se desenvuelven con independencia como defensores. Sus papeles consisten en promover los objetivos del socialismo, de acuerdo con lo que se expresa en las leyes socialistas promulgadas por el gobierno. Se aplican e interpretan las leyes en cualquier forma que sea necesaria para asegurar que se cumplan los objetivos socialistas. Puesto que, por definición, los objetivos socialistas son incompatibles con los derechos de las personas, los profesionales del derecho no pueden oponerse al uso del poder por parte del gobierno, ni abogar en favor de las personas.

El papel de los abogados debe cambiar paralelamente con el papel del sistema legal. Los abogados ya no deberán ser considerados como simples herramientas en la

creación de un Estado socialista. Se les debe capacitar y formar en los valores del sistema nuevo y en que entiendan su papel en la defensa de derechos individuales, humanos y de propiedad. Los abogados también participarán en la resolución de disputas bajo las muchas leyes nuevas que probablemente se promulgarán, especialmente en el área comercial. Esto obligará a reestructurar las facultades de derecho y sus planes de estudios con el fin de capacitar a los abogados nuevos y a volver a formar a los abogados existentes. También obligará a la creación de asociaciones profesionales de abogados o legales que apoyen esos esfuerzos de formación o la reestructuración de las dos asociaciones profesionales legales que existen en Cuba, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

Una prensa libre

La existencia de una prensa libre es también importante, por varias razones, para la creación del Estado de Derecho. En primer lugar, la prensa – incluyendo todos los medios periodísticos, entre ellos televisión, periodismo impreso, radio y servicios cablegráficos – puede ayudar a educar a los ciudadanos mediante la divulgación de información referente a los valores fomentados por el Estado de Derecho, las promesas hechas por el Estado de Derecho, y las obligaciones del mismo. La prensa está también en posición de publicar y divulgar información referente a las leyes, en sí mismas, a un amplio sector de la sociedad, incrementando así la comprensión popular del contenido de las leyes y de los derechos de los ciudadanos bajo la ley.

La prensa también fomenta la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos. Una prensa que es capaz y deseosa de investigar, e informar sobre los abusos de

poder por parte del gobierno, puede influir positivamente, no solo en la opinión pública sino también en el comportamiento de los funcionarios del gobierno. Los políticos y otros funcionarios elegidos o nombrados no podrán actuar en su interés propio con impunidad si existe la probabilidad de que sus acciones sean descubiertas y divulgadas a través de los medios de comunicación, y que se produzcan consecuencias negativas tales como destitución, juicio político, o pérdida de poder en las siguientes elecciones.

Hoy en Cuba trabajan y viven muchos periodistas independientes a pesar del hecho de que no están autorizados a funcionar ni a informar libremente sobre temas de importancia. No hay duda de que muchos se sumarían a esta actividad si hubiese oportunidades de hacerlo sin estar sujetos a censura gubernamental o a represalias por informar sobre eventos políticos. Después de la transición, los periodistas debieran tener libertad de informar acerca de cualquier tema sin interferencia por parte del gobierno. Los medios de comunicación no debieran estar bajo el control del Estado, y debieran implementarse programas para modernizar las comunicaciones. Los programas debieran ocuparse de proporcionar a los periodistas las herramientas del oficio, entre ellas equipos de fax, acceso a los servicios cablegráficos y a noticias internacionales, acceso a información referente a reformas o cambios propuestos antes de que entren en vigor, e incluso computadoras con acceso a Internet.

Educación

El gobierno de Castro ha usado la educación como una pieza clave en su plan de crear un Estado socialista, inculcando no solo valores socialistas sino también el “culto a Fidel” en los niños tan pronto como alcanzan la edad escolar. El actual sistema de

enseñanza tendrá que ser desmantelado y sustituido por uno más tradicional. En lugar de enseñar las virtudes de la Revolución, los niños deberían aprender valores cívicos generales. El punto central debiera estar en la enseñanza de atributos de buena ciudadanía en un Estado democrático, lo que requiere participación activa por parte de los ciudadanos y respeto por los derechos de los demás. Desde el nivel elemental hasta la enseñanza media, los estudiantes debieran aprender el valor de la ley como un medio de proteger los derechos individuales y humanos y de controlar abusos por parte del gobierno. Los estudiantes debieran recibir educación acerca de sus derechos como ciudadanos y entender la importancia de respetar los derechos ajenos. Los planes de estudios del sistema escolar debieran contener un curso de estudios, apropiado a la edad, dirigido a fomentar un conocimiento general del sistema legal y los beneficios inherentes al sistema. Esto exigirá nuevos libros de texto, materiales especiales de enseñanza para uso en las aulas, programas de capacitación docente, y otras reformas estructurales y sustantivas.⁶¹

Las universidades y las facultades de derecho debieran enfatizar la importancia del Estado de Derecho y crear un conocimiento del papel institucional de la ley en la protección de los derechos individuales y en el desarrollo de una economía de mercado. Los estudiantes de derecho también debieran comprender el papel que desempeñan en el fomento del Estado de Derecho y debieran recibir capacitación sobre defensa de causas en nombre de personas, ante los tribunales de justicia o tribunales pertinentes.

Finalmente, se debiera crear conciencia en los ciudadanos acerca de sus derechos, a través de campañas públicas de concientización. Debieran prepararse y usarse volantes, panfletos, programas de radio, segmentos de televisión, y otros anuncios de servicio

público, para dar información sobre las reformas y los nuevos derechos y obligaciones que se han creado por los cambios en el sistema. Las oficinas del gobierno o bien las organizaciones no gubernamentales pueden facilitar, a petición de los ciudadanos, información respecto a reformas, negocios, capacitación, empleo u otras oportunidades, y leyes y regulaciones relacionadas.

En Hungría, un “Programa de Leyes de la Calle”, iniciado por la Fundación para la Educación Legal Clínica, ha creado un manual en un esfuerzo por elevar la conciencia pública sobre los derechos de los ciudadanos y por fomentar y alentar el respeto a las leyes dentro del marco de una sociedad democrática. Se pueden crear distintas versiones del manual según el uso que se le piense dar, y utilizarse una versión para estudiantes de secundaria, otra para estudiantes universitarios, y otra mas para el hombre de la calle y no estudiantes.⁶³

La tarea de cambiar los valores de una sociedad a través de la educación es difícil; sin embargo, no hay alternativa si el objetivo es la creación de un Estado democrático basado en la ley. El uso de la educación como vehículo para el cambio debiera explorarse y utilizarse conjuntamente con otras instituciones, en un esfuerzo por desarrollar un Estado de Derecho.

Creación de un marco legal: “constricciones formales” de la ley

Como se ha comentado anteriormente, un paso inicial importante durante una transición es la promulgación de una nueva constitución. La constitución puede ser redactada por una asamblea constitucional, por una asamblea constitucional en conjunción con la legislatura, o a través de algún otro proceso. En cualquier caso, si bien

se pueden someter a debate la forma y contenido exacto de la constitución que finalmente se promulgue, como mínimo debiera crear el marco para el nuevo gobierno democrático, estableciendo y definiendo los parámetros de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial del Estado.

Debiera constituirse un cuerpo legislativo lo más pronto posible. Sin un cuerpo legislativo que pueda empezar a crear el nuevo marco legal del país, no puede empezar verdaderamente el proceso de reforma. Con vistas a crear un cuerpo legislativo, debieran celebrarse lo antes posible elecciones libres y competitivas. Una vez elegida, la legislatura debiera empezar a crear el nuevo marco legal para el país, la parte superior de la pirámide de Torke. La legislatura debiera tener autoridad para revocar leyes existentes y promulgar las muchas leyes necesarias para promover el crecimiento de la economía y proteger los derechos de los ciudadanos. Como parte de este proceso, la legislatura debiera considerar la creación de procedimientos para revisar las leyes existentes con el fin de determinar cuáles debieran ser revocadas o reformadas inmediatamente y decidir qué áreas de la legislación requieren atención inmediata.⁶⁴ Entre las leyes que requieren revocación inmediata hay numerosas leyes penales que violan derechos individuales o humanos, tales como la ley contra la “peligrosidad”, leyes que tildan de “contrarrevolucionarios” sujetos a enjuiciamiento penal a quienes hablan contra Castro o el gobierno, y leyes que limitan la libertad de expresión o la libertad de reunión. Entre las áreas de atención inmediata para reforma o promulgación de nuevas leyes hay leyes para regir la entrada o la salida del mercado, entre ellas leyes que permitan la propiedad privada; que establezcan derechos de contratación; que rijan la creación de entidades de negocios tales como corporaciones, sociedades y compañías de responsabilidad limitada;

y leyes sobre finanzas y banca. Cada una de las áreas de reforma requerirá estudio y debate intensos así como muchos intentos de borrador.

El proceso de crear un marco legal en Cuba será tan lento y complicado como lo es para cualquier país que se embarque en la tarea. Puesto que las reformas no pueden emprenderse inmediatamente, el proceso es, con frecuencia, incremental. No obstante, debiera darse, en términos generales, un gran empujón en las fases iniciales en un esfuerzo por crear una base para la inmediata reforma económica y política, y la creación de nuevas instituciones para apoyar las reformas. Esto se hizo en varios países de Europa central y oriental después del derrumbe de la Unión Soviética.

En Hungría, la República Checa, y Bulgaria, se promulgaron nuevas constituciones casi inmediatamente. Esas constituciones establecían las facultades del gobierno y dividían las facultades entre los poderes ejecutivo, judicial, y legislativo. Contenían disposiciones que permitían la propiedad privada y el derecho de contratación, abriendo el camino a la creación de un mercado libre. Las leyes comerciales y corporativas fueron redactadas permitiendo la creación de corporaciones y otras entidades reconocidas legalmente capacitadas para hacer negocios dentro del marco legal.

En Rusia, se formó un nuevo gobierno y más adelante, en 1993, se promulgó una constitución. Aunque se han introducido algunas reformas a lo largo de los últimos diez años aproximadamente, no se adoptó un Código de Procedimiento Penal hasta julio de 2002. El nuevo código incorpora muchos conceptos de justicia penal usados en Europa occidental y en Estados Unidos, incluyendo la presunción de inocencia, la independencia de los jueces, y el derecho de los abogados defensores a objetar la admisibilidad de evidencia, incluyendo la evidencia obtenida sin el auto de allanamiento apropiado.⁶⁵ La

Iniciativa de Derecho de Europa Central y Oriental (CEELI: Central and East European Law Initiative) del Colegio Estadounidense de Abogados (American Bar Association) apoyó este esfuerzo facilitando ayuda en la redacción y organizando una visita a Estados Unidos por parte de un grupo de trabajo de Rusia para observar en la práctica, en los tribunales de Maryland,⁶⁶ los nuevos conceptos adoptados. Además de la reforma del código penal, se han iniciado muchas otras reformas, entre ellas un programa de educación clínica iniciado por la CEELI. La finalidad del programa es proporcionar normas y redes para crear esos programas y para facilitar su creación.

En Bulgaria, la reforma ha sido un proceso continuo desde 1990 y ha conllevado la creación de nuevos códigos civil y criminal, código de procedimiento, nuevas leyes bancarias y comerciales, y enmiendas continuas a las mismas con el fin de reflejar cambios políticos, sociales, o económicos en el país.⁶⁷ El proceso es continuo. En abril de 2002, el Consejo de Ministros introdujo en el Parlamento un borrador de ley para enmendar la Ley del Sistema Judicial. Las enmiendas están siendo consideradas, pero se espera que el debate sobre la ley sea vigoroso ya que la fiscalía se opone a muchos de los cambios.⁶⁸ El Parlamento búlgaro está considerando también implementar leyes contra lavado de dinero y delitos financieros, para reformas de ciertos aspectos de la profesión legal, y para crear más mecanismos alternativos de resolución de disputas.⁶⁹

Si bien un marco legal es necesario para crear un Estado basado en la ley, para que las leyes se adapten al Estado de Derecho deben cumplirse ciertas normas en cuanto a la manera en que dichas leyes son promulgadas, implementadas, interpretadas, aplicadas e impugnadas. Estas normas deben ser adoptadas e incorporadas en los procesos establecidos para hacer, aplicar, e interpretar leyes antes de intentar promulgar

nueva legislación. Entre los principios que rigen la forma en la cual deben hacerse e implementarse las leyes para que se adapten al Estado de Derecho están los siguientes:⁷⁰

1) Las leyes deben estar debidamente autorizadas por un organismo legítimo y deben adaptarse a un criterio establecido de validez. Un organismo constituyente debe promulgar leyes de acuerdo con procedimientos adoptados para ese fin. Esos procedimientos pueden encontrarse en la constitución o en otras leyes principales.

2) Las leyes deben ser aplicables con uniformidad a todos los ciudadanos. Las personas en posiciones similares deben ser tratadas con igualdad. Además, no debe haber clases específicas de personas que queden exentas de cumplimiento de una ley, ni estar específicamente sujetas a la misma.

3) Las leyes deben ser claras en cuanto al significado e interpretadas de acuerdo con normas conocidas y uniformes o con un proceso de razonamiento legal específico.

4) Las leyes debieran ser, en general, prospectivas, promulgadas por escrito y diseminadas ampliamente, y accesibles antes de su fecha de entrada en vigor para permitir que las personas sujetas a las leyes tengan tiempo de adaptar su conducta a las mismas. Además, las consecuencias de no cumplir con las leyes debieran conocerse por anticipado.

5) Las personas sujetas a la ley debieran ser capaces de cumplir con todos sus preceptos.

6) Las leyes deben ser interpretadas y aplicadas por tribunales independientes. Estos tribunales debieran tener la autoridad para resolver

asuntos relacionados con el uso de las facultades del Estado o cualquier otra disputa que surja bajo la ley. Estos tribunales también debieran tener facultades para determinar la validez de la ley en disputa, resolver asuntos de hecho conforme a la ley, y aplicar la ley al caso. Entre los mecanismos previstos puede estar la capacidad de impugnar no solo acciones del gobierno en un amplio nivel de cortes independientes, sino también las decisiones y fallos de funcionarios del gobierno a nivel administrativo, a través de procedimientos adecuados de reclamaciones formales o revisiones.

7) Finalmente, todos aquellos que están sujetos a las leyes del Estado debieran tener acceso a las cortes y a ser representados por abogados con la preparación adecuada para defender causas en nombre de personas sujetas a esas leyes. En asuntos penales, por lo menos, el Estado debiera proveer representación legal a las personas que no pueden contratar a su propio abogado.⁷¹

La justicia en el procedimiento también debiera salvaguardarse a lo largo de todo el proceso. Las leyes debieran ser debatidas antes de ser promulgadas, y los ciudadanos debieran tener derecho a hacer llegar sus puntos de vista a sus representantes elegidos. Después de que las leyes se hayan aprobado y entrado en vigor, se debería observar el debido proceso. Las personas sujetas a sanciones por infracciones de la ley debieran recibir notificaciones adecuadas de cualquier infracción y tener la oportunidad de ser escuchado ante un tribunal apropiado. Ciertos estudios han sugerido que en los casos en que las personas en el sistema reciben el debido proceso, son tratadas con respeto, y

perciben que situaciones similares han sido tratadas de una forma parecida, es más probable que se cumpla voluntariamente. Si una decisión es vista como justa en cuanto a procedimiento, es más probable que sea vista como legítima.⁷²

En consecuencia, deben establecerse métodos de procedimiento para tener la seguridad de que: 1) las leyes sean promulgadas adecuadamente e implementadas y aplicadas con uniformidad, y 2) los ciudadanos u otras personas sujetas a la ley dispongan de mecanismos para impugnar la aplicación de la ley a ellos y sean tratados con respeto en cualquiera de tales procedimientos.

Al crear el marco de una Cuba democrática, la legislatura debe establecer un proceso para promulgar leyes que cumplan con las normas necesarias para crear un Estado de Derecho y, al promulgar cualquier ley nueva, la legislatura debe atenerse a dichos parámetros. Se necesitarán muchas reformas y habrá que adoptar mecanismos para respaldar este proceso legislativo. Por ejemplo, debería mantenerse un registro legislativo que documente toda la legislación propuesta y cualquier debate relacionado con las leyes propuestas. Una vez promulgadas, las leyes debieran ser publicadas y divulgadas ampliamente. La legislatura debiera evitar cambios o revisiones frecuentes a las leyes para permitir que las personas sujetas a las mismas tengan tiempo de adaptar su conducta a las leyes. Las sanciones por infracciones de las leyes debieran delinarse en la misma ley, o poderse determinar con facilidad mediante referencia a otra ley.

Debe mencionarse una advertencia en cuanto al proceso de crear un nuevo marco legal en Cuba. Las leyes deben ajustarse a la realidad de un país y deben tratar de crear normas de conducta que sean consecuentes con los valores políticos, económicos y morales de una sociedad, al igual que con sus tradiciones y normas culturales.⁷⁴ Las leyes

que no tengan en cuenta estos factores pueden ser rechazadas e ignoradas por una gran parte de la población o dejarán de cumplir con su cometido. A este respecto es importante que se comprenda que el trasplante masivo de las leyes de otra sociedad probablemente no surtirá los efectos deseados, aunque esas leyes sean en otro sentido justas, saludables y viables. En vez de esto, si se trasplantan a otra sociedad ideas legales y leyes específicas, las mismas debieran modificarse para atender a las instituciones y condiciones sociales y políticas autóctonas y poder cumplir mejor con su cometido. Esto no quiere decir que no puedan trasplantarse con éxito leyes y conceptos legales, simplemente que debiera hacerse un esfuerzo para adaptarlos a las necesidades específicas del país, cuando sea necesario.⁷⁵

El papel del liderazgo en la creación de un Estado basado en la ley

Los líderes políticos juegan un papel importante en la creación de un Estado de Derecho. La prominencia de la clase política hace que esta sea el mejor ejemplo para los ciudadanos que buscan un modelo de conducta en un Estado basado en la ley. Son ellos quienes deben ser los primeros en mostrar su deseo de someterse a la ley con el fin de comenzar a crear un Estado basado en la ley. Para crear una cultura de Estado de Derecho se necesitan líderes políticos que no traten de adaptar las leyes a sus necesidades políticas o a las necesidades de su partido. Los funcionarios elegidos, así como los designados, que se resistan tanto a usar las leyes como a ignorarlas con el fin de obtener beneficios personales o de favorecer a las elites del partido empezarán a crear el clima adecuado para la democracia y el Estado de Derecho. Los funcionarios elegidos deben transferir voluntariamente el poder a otros funcionarios recién elegidos según ordene la ley. Esta

conducta por parte de la clase política alimenta las expectativas de los ciudadanos y crea la situación en la que no solo se espera, sino que se exige, la conducta dentro de la ley.

A cierto nivel, el Estado de Derecho es un ideal que puede no cumplirse enteramente. Sin embargo, si la mayoría de los ciudadanos concuerdan en una determinada forma de gobierno, aceptan un Estado de Derecho democrático, y ajustan su conducta a las normas establecidas, entonces se empezará a desarrollar una cultura capaz de sostener el Estado de Derecho. Con el tiempo se producirá un mayor fortalecimiento del Estado de Derecho a medida que los ciudadanos comiencen a ver que, en efecto, el gobierno les rinde cuentas, que sus líderes políticos respetan la ley y que no se colocan a sí mismos por encima de ella, que las instituciones que ellos crean funcionan para proteger los derechos individuales de ellos y los derechos de otros en la sociedad, que hay procesos y mecanismos para controlar el poder del Estado, y que por lo general salen beneficiados si acatan la ley.

Conclusión

Conceptualmente, muchos ven la creación del Estado de Derecho como un intento por crear “un gobierno de leyes, no de hombres”.⁷⁶ Si bien la creación de un perfecto equilibrio de poder entre el gobierno y los ciudadanos es un ideal utópico, no obstante, una nación puede crear, por medio de constitucionalismo democrático y el Estado de Derecho, un “ajuste sensato de libertad y poder”.⁷⁷ Este debiera ser el objetivo del gobierno cubano una vez que empiece la transición. Sin olvidar este objetivo, y quedando bien entendido que no existe una fórmula para establecer el Estado de Derecho, los cubanos pueden empezar por crear un Estado basado en la ley.

La construcción de un Estado basado en la ley exigirá no solo la promulgación de leyes que constituyan un marco legal para el país, sino también la creación de instituciones que respalden el Estado de Derecho y, lo más importante, la creación de una cultura constitucional. Indudablemente, el mayor desafío consistirá en crear la confianza en el Estado de Derecho y en alentar la adhesión general al principio de que nadie está por encima de la ley. No obstante, este es un desafío que tiene que ser aceptado.

Es discutible que el establecimiento del Estado de Derecho sea uno de los elementos más importantes y difíciles de la transición. La tarea de transformar a Cuba, pasando de una sociedad sin ley a una sociedad basada en la ley, obligará a cambios no solo en el orden legal sino también en los órdenes político, social y cultural. El éxito no está asegurado. Las reformas probablemente se llevarán a cabo contra la oposición de una burocracia atrincherada y de un favoritismo muy extendido. En último término, el éxito de las reformas democráticas requerirá un amplio apoyo por parte de todos los segmentos de la sociedad.

En resumen, el Estado de Derecho no consiste en promulgar leyes *per se*. Es un concepto más amplio, que requiere la creación de una democracia constitucional en la que los ciudadanos, que han consentido en ser gobernados y en participar y creer en su gobierno, mantengan a su gobierno obligado a rendirles cuentas.

NOTAS

¹ Los filósofos y los estudiosos de asuntos legales y políticos, han analizado a fondo el concepto del Estado de Derecho desde los tiempos de Aristóteles. Por esta razón, el estudio del Estado de Derecho ha generado una gran cantidad de literatura y discusiones académicas a lo largo de los años. Este trabajo no pretende presentar un estudio exhaustivo del ideal del Estado de Derecho y su evolución en diferentes sistemas legales. A los fines de este trabajo, es suficiente una visión general del concepto del Estado de Derecho. Para una discusión más completa de los ideales que comprende el concepto del Estado de Derecho, ver H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (“*El concepto de la Ley*”), (Oxford Clarendon 1961); Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (“*La moralidad de la Ley*”) (1969); Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (“*El imperio de la ley*”) (1986); Michel Rosenfeld, The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy (“EL Estado de Derecho y la legitimidad de la democracia constitucional”), *74 S. Cal. L. Rev.* 1307 (2001).

² James Madison, The Federalist No. 51, The Federalist Papers (Bantam Classic Ed. 1982).

³ Lawrence B. Solum, Equity and the Rule of Law (Equidad y el Estado de Derecho), en *The Rule of Law* (“*El Estado de Derecho*”), 120, 122 (Ian Shapiro ed. 1994).

⁴ James W. Torke, What is This Thing Called the Rule of Law? (“¿Qué es eso que llaman el Estado de Derecho?”), *34 Ind. L. Rev.* 1445, 1447, (2001).

⁵ Id.

⁶ Id.

⁷ Rosenfeld, nota 1 supra, en 1313. Ver también, Robert S. Summers, Propter Honoris Respectum: The Principles of the Rule of Law (“Propter honoris respectum: los principios del Estado de Derecho”), *74 Notre Dame L. Rev.* (1999) (El Estado de Derecho requiere, como mínimo, “que la ley sea como una norma en cuanto a que sea adecuada, que sea clara, que sea pública y que, en general, sea prospectiva.)

⁸ Ver. Rosenfeld, nota 1 supra, en 1312 (“La legitimación basada en el consentimiento parece ser el medio óptimo, si no el único, de justificación normativa tanto para la democracia constitucional como para el Estado de Derecho...” en sociedades pluralistas); Dusan Hendrych, Constitutionalism in the Czech Republic (“Constitucionalismo en la República Checa”), en *The Rule of Law in Central Europe* (“*El Estado de Derecho en Europa Central*”), 13, 15 (Jiri Pribán and James Young eds. 1999)

⁹ Torke, nota 3 supra, en 1447-48

¹⁰ Id.

¹¹ Id.

¹² Id.

¹³ Jean Hampton, Democracy and the Rule of Law (“Democracia y el Estado de Derecho”), en *The Rule of Law* (“*El Estado de Derecho*”), nota 2 supra, en 13,35

¹⁴ Ver, en general, Jaime Suchlicki, *From Columbus to Castro* (“*De Colón a Castro*”) (5ª ed. 2002)

¹⁵ “El mando a través de leyes equivale al “mando de los hombres” si la ley se puede cambiar unilateral y arbitrariamente, si es generalmente ignorada, o si la persona en el poder y sus asociados se mantienen continuamente por encima de la ley.” Rosenfeld, nota 1 supra, en 1313.

¹⁶ Dusan Hendrych, nota 7 supra, en 26.

¹⁷ El artículo 66 de la Constitución Cubana de 1976 disponía específicamente que los organismos estatales en Cuba se basaran en principios de “democracia socialista, unidad de poder y centralismo democrático”. Las enmiendas de 1992 a la constitución cubana eliminaban la referencia concreta a la unidad de poder, estableciendo en su lugar que los organismos estatales se basen en “principios de democracia socialista”. A pesar de ello, las estructuras básicas del gobierno no sufrieron cambios. Michael B. Wise, *Cuba and Judicial Review* (“Cuba y el control judicial de los actos de la Administración”), 7 *Sw. J. L. & Trade Am.* 247, 261-2 (2000).

¹⁸ *Id.* en 259

¹⁹ *Id.* El sistema socialista de gobierno se menciona también como “centralismo democrático”. Aunque el poder de tomar decisiones estaba reservado para los representantes elegidos que respondían a las iniciativas de las masas, en la práctica real los representantes actúan de acuerdo con las recomendaciones del partido comunista, la fuerza que dirige y guía la sociedad socialista. Rett R. Ludwikowski, “Mixed” Constitutions -- Product of an East Central European Constitutional Melting Pot (“Constituciones ‘mezcladas’ – Producto de un crisol constitucional europeo oriental central”), 16 *B.U. Int’l L.J.* 1,8 (1998)

²⁰ Fidel Castro es el Primer Secretario del PCC y su hermano, Raúl Castro, es el Segundo Secretario.

²¹ Const. de Cuba 1992, Art 5.

²² Const. de Cuba 1992, Art. 62.

²³ Jirí Pribán describe la legalidad socialista y el constitucionalismo comunista como un “velo retórico” a la arbitrariedad que le permite al estado funcionar ‘bajo la máscara de constitucionalismo’”. Jiri Pribán, *Legitimacy and Legality after de Velvet Revolution* (“Legitimidad y legalidad después de la revolución de terciopelo”) en *The Rule of Law in Central Europe* (“*El Estado de Derecho en Europa Central*”), nota 7 *supra*, en 30.

²⁴ Const. de Cuba 1992, Art. 75.

²⁵ En regímenes posttotalitarios son los tribunales y los fiscales quienes asumen el papel de “ejecutores de la ley” y se convierten en la “mano de hierro” del Partido Comunista ya que el ejercicio del poder judicial puede crear la ilusión de obediencia a la ley por parte del Estado. Jiri Pribán, *Legitimacy and Legality after de Velvet Revolution* (“*Legitimidad y legalidad después de la revolución de terciopelo*”) en *The Rule of Law in Central Europe* (“*El Estado de Derecho en Europa Central*”), nota 7 *supra*, en 30.

²⁶ Const. de Cuba 1992, Art 75.

²⁷ Human Rights Watch 2001, *Report on Cuba* (“*Informe sobre Cuba*”)

²⁸ Ver entrevista con el Fiscal General de la Provincia de Camagüey, en *Gamma*, 9 de junio de 2002, en <http://www.gramma.cubaweb.cu/2002/06/09/nacional/articulo/11.htm>.

²⁹ Se está preparando una fuerte campaña por parte de una inverosímil alianza de intereses agrícolas, representantes republicanos de los estados agrarios, y representantes que tradicionalmente han simpatizado con el régimen de Castro, con el fin de levantar la prohibición de viajar a Cuba así como muchas otras restricciones de intercambio comercial que afectan los intereses empresariales de EE.UU. Aun en el caso de que la campaña tenga éxito, no es probable que lleve el alivio que necesita el cubano promedio en la isla. Aunque algunos cubanos, especialmente la elite del partido y los que están empleados en la industria del turismo, se beneficiarán, los beneficios más espectaculares redundarán en favor del gobierno de Castro, que recibirá un capital del que está muy necesitado para seguir financiando su régimen represivo.

³⁰ Jorge Pérez-López, *Waiting for Godot: Cuba’s Stalled Reforms and Continuing Economic Crisis* (“Esperando a Godot: Las estancadas reformas de Cuba y la constante crisis económica”) en *Problems of Post Communism* (“*Problemas del post-comunismo*”), Noviembre-Diciembre 2001, 44-45 citado en la

obra de Edward González, *After Castro: Alternative Regimes and U.S. Policy* (“*Después de Castro: regímenes alternativos y política de EE.UU.*”), (Cuba Transition Project, Institute for Cuba and Cuban American Studies, Universidad de Miami 2002)

³¹ La creación de una sociedad civil organizada para reemplazar el Estado autoritario es un elemento esencial para la estabilidad democrática a largo plazo y el Estado de Derecho. Este trabajo no se ocupa específicamente de la creación de una sociedad civil. Para una discusión detallada de temas relacionados con la creación de una sociedad civil en Cuba después de una transición, ver el trabajo de Damián Fernández, *The Greatest Challenge: Civic Values in a Post-Transition Cuba* (“*El mayor desafío: valores cívicos en la Cuba Post-transición*”) (Trabajo que será publicado por el Cuba Transition Project, Institute for Cuba and Cuban American Studies, Universidad de Miami).

³² Irónicamente, durante el mandato de Batista, Castro objetó con vehemencia el ejercicio ilegal del poder constituyente para enmendar la Constitución de Cuba por parte del Consejo de Ministros de Batista. En su discurso “La historia me absolverá” Castro dijo: “[el Consejo de Ministros de Batista] asume el atributo más esencial de soberanía – la facultad de cambiar la ley básica y suprema del país”. Castro calificó de “burla” los esfuerzos de Batista para “imponer al pueblo una constitución sin el consentimiento del pueblo... con el fin de instalar un régimen que concentra todo el poder en sus propias manos”. Fidel Castro, “La historia me absolverá” en http://www.geocities.com/escuelapca/cursoverano2001/t_lahistoriameabsolv era.htm.

³³ El Proyecto Varela se refiere a un intento por parte de los disidentes de Cuba de presentar una petición a la Asamblea Nacional, firmada por más de 11.000 cubanos, en la que se pide a la Asamblea Nacional que permita un plebiscito popular sobre el tema de si debiera o no debiera enmendarse la Constitución de Cuba para permitir elecciones libres y competitivas. Dejando a un lado el tema de si tal enmienda a una constitución llegaría a ser necesaria, la reacción del gobierno de Castro fue radical. El gobierno de Castro se movilizó y, con la cooperación del PCC, organizaciones de masas y otros aparatos del Partido y del Estado, presentó su propia petición a la Asamblea Nacional. La petición estaba supuestamente firmada voluntariamente por 11.000.000 de cubanos y pedía a la Asamblea Nacional que enmendara la Constitución de Cuba con el fin de declarar “intocables” en Cuba el socialismo y el sistema político. El lenguaje fue posteriormente cambiado a “irreversibles”.

³⁴ Ver Grzegorz W. Kolodko, *Ten Years of Post-Socialist Transition Lessons for Policy Reforms* (*Diez años de lecciones de transición post-socialista para la reforma de la política a seguir*), 8 (The World Bank, Policy Research Working Paper 2095 1999). Kolodko observa que si se descuida la creación de instituciones, se afectará el crecimiento económico aunque la mayoría de los elementos económicos fundamentales estén establecidos.

³⁵ Posttotalitarismo no es una indicación de que el sistema comunista haya dejado de existir. Este término se refiere al hecho de que el totalitarismo del comunismo cambió con el tiempo, de un sistema abiertamente basado en violencia o terror político a uno basado en la ritualización de la vida pública. Jiri Pribán, *Legitimacy and Legality after de Velvet Revolution* (“*Legitimidad y legalidad después de la revolución de terciopelo*”) en *The Rule of Law in Central Europe* (“*El Estado de Derecho en Europa Central*”), nota 7 *supra*, en 31.

³⁶ Esto fue descrito por el disidente checo Milan Simecka como un tipo de contrato social que surgió entre la elite comunista gobernante por medio del cual a los ciudadanos se les dejaba más o menos en paz a cambio de que no se inmiscuyeran en asuntos políticos. Jiri Pribán, *Legitimacy and Legality after de Velvet Revolution* (“*Legitimidad y legalidad después de la revolución de terciopelo*”) en *The Rule of Law in Central Europe* (“*El Estado de Derecho en Europa Central*”), nota 7 *supra*, en 32.

³⁷ George E. Glos, *The Constitution of the Czech Republic of 1992* (“*La constitución de la República Checa de 1992*”), 21 *Hastings Cinst. L. Q.* 1049, 1058 (1994)

³⁸ *Id.* La comisión fue creada en julio de 1992, y la versión final de la constitución fue aprobada el 16 de diciembre de 1992.

³⁹ Id. La aprobación requería una mayoría de 3/5. El parlamento aprobó la constitución por una mayoría de aproximadamente 8/10.

⁴⁰ Hristo D. Dimitrov. *The Bulgarian Constitutional Court and its interpretive jurisdiction* (“*El Tribunal Constitucional búlgaro y su jurisdicción interpretativa*”) 37 *Columbia J. Transnat’l L.* 459, 462-53 (1999).

⁴¹ Ethan Klingsberg. *Judicial Review and Hungary’s Transition from Communism to Democracy* (“*Control judicial de los actos de la Administración y la transición de Hungría del comunismo a la democracia*”), *B.Y.U. L. Rev.* 41, 50 (1992).

⁴² *Id.* a 48-50; Cheryl W. Gray, et al., *Evolving Legal Frameworks for Private Sector Development in Central and Eastern Europe* (“*Marcos legales en evolución para desarrollo del sector privado en Europa central y occidental*”), 66 (The World bank Discussion Paper No. 209 1993).

⁴³ Klingsberg, nota 40, supra, en 50-51

⁴⁴ Gray et al., nota 41 supra, en 95

⁴⁵ Ludwikoski, nota 18 supra, en 37.

⁴⁶ En todo el mundo hay aproximadamente 2 millones de cubanos en el exilio, que han sido desposeídos de su ciudadanía simplemente por haber decidido irse de la isla y huir de un régimen represivo. Su participación en cualquier proceso de democratización no solo es justa sino que también sería beneficiosa debido a los recursos que podrían aportar a lo largo de todo el proceso de transición.

⁴⁷ Actualmente no existen otros partidos, pero cualquier otro partido que se forme durante la transición debiera participar en la asamblea constitucional.

⁴⁸ Un ejemplo obvio de esto lo tenemos en los esfuerzos de Estados Unidos por establecer un gobierno en Cuba, después de la Guerra Hispano-Norteamericana, basado en sus propios deseos y expectativas y no en los de los cubanos

⁴⁹ Rosenfeld, nota 1 supra, en 1314.

⁵⁰ Ver, Summers, nota 6 supra, en 1695.

⁵¹ Análogamente, aunque no se nombran entre los elementos que crean el Estado de Derecho, González señala que la democracia necesita varios elementos, entre ellos, 1) una clase política democrática, 2) una clase política que no esté contaminada por la venalidad, 3) la subordinación de las fuerzas armadas al mando civil, y 4) la divulgación de los valores democráticos entre la sociedad. Estos elementos también sostienen y fomentan el Estado de Derecho. González, nota 29 supra.

⁵² Ver, Ludwikoski, nota 18 supra, en 19-21 para una discusión detallada de los tipos de modelos de elecciones existentes y de los varios métodos de determinar la representación proporcional de cada partido en la legislatura.

⁵³ Id. a 19-20.

⁵⁴ Id. a 20.

⁵⁵ Id.

⁵⁶ James Madison, *The Federalist No. 51*, y *The Federalist Papers*, 261, 262 (Bantam Classics Ed. 1982) “Depender del pueblo es, sin duda, el principal control sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad la necesidad de contar con precauciones auxiliares”.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Ver, Laura Patallo Sánchez, *The Role of the Judiciary in a Post Castro Cuba; Recommendations for Change* (“*El papel del poder judicial en una Cuba Post-Castro; recomendaciones para el cambio*”) en 16-18, 22-27 (trabajo a ser publicado por el Cuba Transition Project, Institute for Cuban and Cuban-American Studies, Universidad de Miami).

⁵⁹ Ver, Id. para una discusión más detallada de los cambios que son necesarios para crear un poder judicial independiente en Cuba

⁶⁰ Código de conducta de las Naciones Unidas para funcionarios del orden público, Resolución 34/169 de la Asamblea General, (1979) en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diana/undocs/71598-9.html>

⁶¹ Para una discusión detallada del sistema de educación en Cuba y propuestas para reformarlo, ver *Rehabilitating Education in Cuba: Assessment of Conditions and Policy Recommendations* (“*Rehabilitación de la educación en Cuba: evaluación de las condiciones y recomendaciones sobre la política a seguir*”), de Graciella Cruz-Taura, (trabajo a ser publicado por el Cuba Transition Project, Institute for Cuban and Cuban-American Studies, Universidad de Miami). Para un estudio comparativo de las reformas en la educación en la República Checa, Letonia y Polonia, y la aplicabilidad de esas reformas a la reforma en el sistema de educación en la Cuba post-comunista, ver *The Role of Education in Promoting Cuba's Integration into the International Society: Lessons in Transition from the Post-Communist States of Central and Eastern Europe* (“*El papel de la educación en el fomento de la integración de Cuba en la sociedad internacional: lecciones sobre transición obtenidas de los países post-comunistas de Europa central y oriental*”), de Andy Gómez (trabajo a ser publicado por el Cuba Transition Project, Institute for Cuban and Cuban-American Studies, Universidad de Miami).

⁶² Ver, O. Lee Reed, *Law, the Rule of Law, and Property: A Foundation for the Private Market and Business Study* (“*El Derecho, el Estado de Derecho, y la propiedad: cimientos para el estudio del mercado y los negocios privados*”), 38 *Am. Bus. L. J.* 441, (2001)

⁶³ Ver informe en www.joglinika.hu/engl/lawclinic/foundation.htm.

⁶⁴ Una parte del Programa de Reforma Judicial empezó en el 2000, cuando el Parlamento búlgaro propuso una revisión exhaustiva de toda la legislación existente, con el fin de repeler todas las “disposiciones legales obsoletas o polémicas” y crear un marco legal “moderno y armonioso compatible con el derecho europeo, respetando al mismo tiempo las tradiciones legales búlgaras. Ver *Judicial Reform Initiative, Program for Judicial Reform in Bulgaria* (“*Iniciativa de reforma judicial, programa para la reforma judicial en Bulgaria*”) (Sofía 2000) en www.csd.bg/news/law/Rrogram_april_E.html. Aunque no esté en el mismo contexto, habrá una revisión similar en Afganistán donde se espera que el gobierno interino determine qué leyes están hoy vigentes en Afganistán y revise la legislación para determinar si es consecuente con la Constitución Afgana de 1964 y con el Convenio de Bonn, que rige el proceso de paz/transición. Ver *Filling the Vacuum: Prerequisites to Security in Afghanistan* (“*Llenando el vacío: requisitos previos a la seguridad en Afganistán*”), (2002) en www.abanet.org/aba-asia/afghan.pdf., de American Bar Association (“Colegio de Abogados de EE.UU.”), Asia Law Literature (“Literatura legal de Asia”), International Resources Group (“Grupo internacional de recursos”), International Foundation for Election System (“Fundación internacional para sistema electoral”), y International Human Rights Law Group (“Grupo legal internacional para derechos humanos”).

⁶⁵ Steven Lee Myers, *Russia Glances to the West for its New Legal Code* (“*Rusia mira hacia occidente para su nuevo código legal*”), *N.Y. Times* en la web, 1 de Julio de 2002 en <http://www.nytimes.com/2002/07/01/international/europe/01RUSS.html>.

⁶⁶ *Russia Program Information* (“*Información del Programa sobre Rusia*”) de American Bar Association, Central and East European Law Initiative, en <http://www.abanet.org/ceeli/home.html>.

⁶⁷ *Judicial Reform Initiative, Program for Judicial Reform in Bulgaria* (“*Iniciativa de reforma judicial, programa para la reforma judicial en Bulgaria*”), nota 53 supra.

⁶⁸ *Bulgaria Update* (“*Bulgaria al día*”) por American Bar Association, Central and East European Law Initiative (“*Iniciativa legal de Europa Central y Oriental*”), Primavera de 2002 en www.abanet.org/ceeli/home.html.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Summers, nota 6 supra, en 11693-94. El Profesor Summers facilita lo que el llama un “inventario exhaustivo” de principios que rigen la manera en que deben hacerse e implementarse las leyes y si deben adaptarse al Estado de Derecho. Su lista incluye muchos otros elementos que no se mencionan aquí pero que probablemente servirían para asegurar el Estado de Derecho. Se puede decir que estos principios son aplicables, en distintas ocasiones a los procesos de redactar, implementar, interpretar y hacer cumplir la ley en cada una de las áreas en que el Estado trate de regular el comportamiento de quienes están sujetos a su jurisdicción.

⁷¹ Id.

⁷² Ver, Tom Tyler, *Why People Obey the Law* (“*Por qué la gente obedece las leyes*”), (New Haven Conn. Yale University Press 1990) que se cita en la Introducción al Simposio, de Robert Eli Rosen: Derecho, Democracia y Sociedad: Complicando los procesos legítimos de la ley, 25. *Law and Soc. Inquiry* (“*Indagación de las leyes y la sociedad*”) 973,974-75 (2000).

⁷³ De hecho, el Profesor Summers incluye un elemento similar en su enumeración de los principios de las reglas de las leyes, es decir, “que los requisitos de comportamiento de la ley estén dentro de la capacidad de aquellos a quienes va dirigida para su cumplimiento”. Summers, nota 6 supra, en 1693.

⁷⁴ Frederick Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantation* (“*La política e incentivos del trasplante legal*”) 5 (Working Paper No. 44, Center for International Development, Harvard University 2000) (“*Trabajo de estudio N° 44, Centro para desarrollo internacional, Universidad de Harvard 2000*”). El trabajo del Profesor Schauer “ofrece una serie de hipótesis verificables acerca de varios factores, aparte de los factores de valor inherente, que pueden influir el patrón de la migración legal y el trasplante legal...” Id. en 2.

⁷⁵ Id. en 4. El Profesor Schauer hace notar que, ciertamente, existe evidencia de que “el hecho del trasplante legal... puede relacionarse informalmente con varias medidas de efectividad legal o económica”.

⁷⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803) (Marshall, C.J.)

⁷⁷ Joseph J. Ellis, *Founding Fathers* (“*Los padres de la patria*”), 9 (2001)