

# REVISTA Cubana de Derecho

IV Época

No. 47

Enero - Junio / 2016



**EDITORIAL  
UNIJURIS**

UNIÓN NACIONAL DE JURISTAS DE CUBA

## DIRECTOR DE LA REVISTA

DR. JUAN MENDOZA DÍAZ

Profesor Titular de Derecho Procesal, Universidad de La Habana  
Árbitro de la Corte de Arbitraje Internacional de la República de Cuba

## CONSEJO EDITORIAL

### PRESIDENTE:

DR. LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial  
Universidad de La Habana. Notario

### SECRETARIA:

MSC. YAMILA GONZÁLEZ FERRER

Profesora Asistente de Derecho de Familia  
Universidad de La Habana

### Miembros:

MSC. MARISELA CASANOVA ÁLVAREZ

Abogada. Villa Clara

MSC. NARCISO COBO ROURA

Profesor Titular de Derecho Económico  
Universidad de La Habana

DR. RODOLFO DÁVALOS FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho  
Internacional Privado

Universidad de La Habana

Presidente de la Corte de Arbitraje  
Internacional de la República de Cuba

DRA. MAYDA GOITE PIERRE

Decana de la Facultad de Derecho  
Universidad de La Habana

MSC. RODOLFO HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Abogado. La Habana

DR. ANDRY MATILLA CORREA

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de La Habana

DRA. OLGA MESA CASTILLO

Profesora Titular de Derecho de Familia  
Universidad de La Habana

DRA. JOHANA ODRIOZOLA GUITART

Directora Jurídica

Ministerio de Economía y Planificación  
Profesora Auxiliar de Derecho Económico  
Universidad de La Habana

DR. CARLOS PÉREZ INCLÁN

Asesor Jurídico, Ministerio del Comercio  
Exterior y la Inversión Extranjera  
Profesor Auxiliar de Derecho Financiero  
Universidad de La Habana

DRA. MARTHA PRIETO VALDÉS

Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de La Habana

DRA. YANET SOUTO FERNÁNDEZ

Abogada. La Habana

Profesora Auxiliar de Derecho Civil  
Universidad de La Habana

DR. CARLOS VILLABELLA ARMENGOL

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Camagüey

# SUMARIO

RETOS DEL DERECHO DE FAMILIA. AUTONOMÍA Y UNIDAD  
Dra. Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO / 5

LA PROHIBICIÓN DEL “*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM non valet*”, como fuente del Derecho Civil cubano. Análisis crítico de su proyección en la práctica judicial  
MSc. Alain VALLÍN BORREGO / 32

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO  
Dr. Rafael ROSELLÓ MANZANO / 62

LA ETIQUETA AMBIENTAL: REGULACIÓN EN EL DERECHO cubano en el mercado  
MSc. Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ / 89

CUIDAR DE LOS HIJOS Y LAS HIJAS: ¿DERECHO IRRENUNCIABLE e indelegable? Una reflexión a propósito del cuidado compartido  
MSc. Neylia L. ABOUD CASTILLO / 124

## *EL AUTOR EXTRANJERO*

UBICUIDAD, IRRADIACIÓN Y EFECTO EN TERCEROS de los derechos fundamentales en la teoría de Robert ALEX Y  
Dr. Edgar Alán ARROYO CISNEROS / 140

RECENSIONES *de libros* / 162

COMENTARIOS *de sentencias* / 203

CRÓNICAS *de Legislación y Jurisprudencia* / 228

PREMIO NACIONAL DE DERECHO CARLOS MANUEL DE CÉSPEDES 2015 / 235

PREMIOS DE LAS SOCIEDADES CIENTÍFICAS 2015 / 259

NOTIJURÍDICAS / 270

PUBLICACIONES *recibidas* / 285

## VERSIÓN ELECTRÓNICA EN:

- <http://www.vlex.com/source/2615> - <http://www.unjc.co.cu>

Redacción y Administración

Calle 21 No. 552, esq. aD, Apartado Postal 4161, El Vedado,

La Habana 4. CP10400, La Habana, Cuba.

Teléfonos: (53)7832-6209 / 7832-9680 / 7832-7562 / 7832-6513 / 7832-6514 / 7832-6616.

Fax: (53)7833-3382. Email: [uncj@uncj.co.cu](mailto:uncj@uncj.co.cu) Web: [www.uncj.co.cu](http://www.uncj.co.cu)

**Nota: Los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión del autor y no constituyen el criterio oficial de la Organización**

**RNPS 0075 ISSN: 0864-165X**

Impreso por: **PALCOGRAF - Palacio de las Convenciones de La Habana**



# Retos del Derecho de Familia. Autonomía y unidad\*

Recibido el 19 de noviembre de 2015

Aprobado el 4 de febrero de 2016

**Dra. Ana María ÁLVAREZ-TABÍO ALBO**

*Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia*

*Profesora Auxiliar del Departamento de Derecho Civil y de Familia*

*Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana*

## RESUMEN

*El gran desafío del Derecho es volver a colocar a la familia en el foco de atención central de la sociedad. Y para ello necesita, además de una voluntad política orgánica, del concurso de todas las disciplinas del saber jurídico y extrajurídico, pero muy especialmente de un Derecho de Familia que, desde la perspectiva de su propia esencia, sea capaz de impulsar las medidas legislativas y jurisdiccionales de protección jurídica de la familia, de generar espacios de discusión para su tratamiento multidisciplinar, diseñar su normativa de acuerdo con la regeneración que demanda la sociedad y afrontar las inaplazables reformas hacia un Derecho de Familia del siglo XXI acorde con los cambios que sufre este grupo en el contexto social cubano.*

## PALABRAS CLAVES

*Derecho de Familia, autonomía, interdisciplinariedad, retos, desarrollo tecnológico, modelos de organización familiar.*

\* Conferencia Magistral inaugural dictada con motivo de la celebración en La Habana de la VIII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y III Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. Mayo de 2015.

## **ABSTRACT**

*The great challenge of the law is to replace the family in the central focus of the society. In addition to political will, is necessary the contest of all disciplines of legal and extra-legal knowledge, but especially a Family Law. From the perspective of its own essence, is able to promote legislative and jurisdictional legal protection of the family, create spaces for discussion for its multidisciplinary treatment, design its regulations in accordance with the regeneration that society, and deal reforms into a Family Law of the 21st century, in line with the changes suffered by this group in the Cuban social context.*

## **KEY WORDS**

*Family Law, autonomy, interdisciplinarity, challenges, technological development, models of family organization.*

## **SUMARIO:**

**1. Palabras iniciales. 2. Autonomía y unidad, premisas para enfrentar los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI. 3. ¿Qué distingue al Derecho de Familia? ¿Qué lo hace único dentro del todo? 4. Ejes centrales de análisis: incidencia de la tecnología y el desarrollo científico-médico; nuevos modelos de organización familiar y su disolución; papel del menor como sujeto de derecho y otras situaciones. 5. Interrelaciones. 6. Palabras finales.**

### **1. Palabras iniciales**

O unidad y autonomía, no importa el orden de las palabras en el título siempre que se comprenda que se trata de un intento de compartir, una vez más, algunas reflexiones sobre las múltiples y actuales realidades que impactan al Derecho en general, pero muy especialmente al Derecho de Familia y de la necesidad impostergable de hacerle frente desde una perspectiva multidisciplinar en el contexto de la concepción unitaria de las ciencias del saber jurídico, especialmente y en primerísimo lugar, del Derecho Constitucional, pero con respuestas que exigen de una mirada muy propia y exclusiva de la rama que disciplina las relaciones jurídico-familiares.

El Derecho de Familia como lo nombran muchos o Familiar como lo nombran otros o de las Familias<sup>1</sup> es, con toda seguridad, una de las ramas más dinámicas de nuestro ordenamiento jurídico,<sup>2</sup> y requiere de una especial sensibilidad y la más profunda humanidad en los profesionales que en la misma intervienen. En situaciones de crisis económica y de valores, y Cuba ha sido, para bien o para mal, prueba de ello, es a la familia a quien le corresponde asumir un rol y función protagónicos protegiendo a sus integrantes y, en correspondencia, la protección de la familia beneficia tanto a la persona como a la sociedad por ser la institución más idónea y propicia para lograr el bienestar de todos sus integrantes y la armonía social.

El gran desafío del Derecho es volver a colocar a la familia en el foco de atención central de la sociedad.

Y corresponde de manera muy especial, a un Derecho de Familia sustentado en relaciones democráticas y de estricta igualdad, fundamentadas tanto o más en el aspecto afectivo que el dato puramente biológico, asumir, además, muchos otros desafíos desde la perspectiva de su propia esencia:<sup>3</sup>

**En primer lugar, afrontar las inaplazables y ya perentorias reformas para caminar hacia un Derecho de Familia del siglo XXI acorde con los cambios que sufre este grupo en el contexto social cubano y materializarlas de una buena vez;** si bien las reformas en el Derecho de Familia demandan

<sup>1</sup>Ya hasta hemos escuchado el término *familieros*, esperemos que no exenta del tono, cuando menos, burlesco que transmite.

<sup>2</sup>La familia es un grupo social tan especial y cercano al conocimiento y vivencias de todos, que como bien nos recuerda Martine SEGALÉN: “Al contrario de lo que nos ocurre en otros terrenos (...) tenemos la sensación –justificada– de conocer el de la familia por haber nacido y por haber fundado una”. *Antropología histórica de la familia*, Taurus Universitaria, Madrid, 1992, p. 19.

<sup>3</sup>Atendiendo al objeto tan especial de protección, muchos más serán los retos a enfrentar; nos limitamos, siguiendo algunas ideas de la profesora María LINACERO DE LA FUENTE, catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, a expresar solo algunos de los horizontes a alcanzar a partir de la concepción de la familia del siglo XXI en el contexto cubano.

del legislador, de profunda reflexión y grandes dosis de prudencia legislativa, como nos recuerda Aristóteles, tampoco deben ser eternas.

En segundo lugar, en congruencia con lo anterior, **impulsar medidas efectivas de política legislativa y jurisdiccional encaminadas a la protección jurídica de la familia desde todos los ámbitos**, sea judicial a través de la solución expedita y eficiente de los conflictos familiares o la previsión de prácticas que encausen la desjudicialización de ellos en la medida de lo posible; eliminando el estigma de la incapacitación y del binomio incólume incapacidad-capacidad, disponiendo sistemas de asistencia *ad hoc* y de guardaduría adaptados a las circunstancias de cada quien; reforzando las medidas de protección a las personas en desventaja dentro del grupo familiar y la sociedad, léase, niños y adolescentes, personas en edad avanzada y personas con discapacidad sustentada en los principios básicos de interés superior del niño, el envejecimiento saludable y el apoyo a la discapacidad.

En tercer lugar, **generar espacios de discusión con la presencia ineludible de los juristas, formados en nuestras universidades, sobre las bases de un Derecho de Familia integrador de tantas otras disciplinas jurídicas y no jurídicas**, a partir del tratamiento multidisciplinar de la familia.

Y en cuarto lugar y no por ello el último ni el de menor importancia, **diseñar toda la normativa dotada de una concepción sistémica como sustento de la profunda regeneración que demanda la sociedad**. “Las reformas en temas trascendentes como la familia deben estar dotadas de la necesaria estabilidad y, en consecuencia, exigen consenso, pero también cierta urgencia, sin desmedro de la reflexión, la certeza intelectual y la confianza desde el punto de vista social, económico y jurídico”.<sup>4</sup>

<sup>4</sup>LINACERO DE LA FUENTE, María, *Manifiesto ante la Asociación para la defensa y el desarrollo de la adolescencia y la infancia*. [www.addai.org](http://www.addai.org) (consultado en mayo de 2015).

## **2. Autonomía y unidad, premisas para enfrentar los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI**

En los últimos 30 años, diversos factores han impactado de manera muy intensa a la familia y por extensión, a la disciplina encargada de regular la constitución, la organización, el desenvolvimiento y la disolución de las relaciones familiares. “No puede reducirse el Derecho de familia al análisis de los principios y normas que regulan la organización o estructura interna de la familia, pues ello, (...) significaría constreñir la disciplina a un enfoque meramente anatómico de su objeto. Es necesario (...), además, el enfoque del funcionamiento en los diversos planos del Derecho, para no desmembrar su integridad”.<sup>5</sup>

Es noticia de todos los días el aumento del número de víctimas de abandono tanto físico como emocional; ya la vida humana es manipulada en los laboratorios con la extensión de los avances tecnológicos; la baja natalidad conduce al envejecimiento de la población; los hijos pierden la conexión con sus padres; el consumo de la televisión y el uso exacerbado de las TIC reemplaza toda forma de diálogo y comunicación directa; el porcentaje de familias mono- y homoparentales, reconstituidas o ensambladas crecen; los ancianos mueren lejos del calor familiar...

Para dar las respuestas certeras y precisas que se esperan del Derecho debemos conducirnos con la misma pericia, la misma maestría y el mismo cuidado que se dedicaría al bordado de un encaje. Y en ese diligente esmero, descubrir el perfecto equilibrio entre la autonomía de la rama del saber que disciplina las relaciones familiares y la unidad sistémica del Derecho entendido como una totalidad ordenada compuesta por normas compatibles y coherentes que se influyen e interrelacionan: integración sistémica, relación entre las distintas ramas, coherencia interna, autonomía y plenitud son las palabras claves.

<sup>5</sup>GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de Familia. Patrimonio-bienes de la familia*, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1956, p. 24.

**Autonomía**, si se quiere, vista desde los lugares comunes: a partir de los criterios legislativo, doctrinal o científico, académico o didáctico, jurisdiccional, procesal e institucional.<sup>6</sup> O a partir de la escasa aplicabilidad de muchos de los principios<sup>7</sup> que rigen en su Derecho más cercano, el Civil, su antiguo sustentador, como decía el viejo Demófilo DE BUEN, del que “emigró” para construir su propia armadura doctrinal y dotarse de sus propios principios. Pero sobre todo a partir de su especial objeto de estudio: la familia, que desde un punto de vista trascendente, ya conquistó derecho de ciudadanía en el ámbito jurídico.

Esta realidad no tiene vuelta atrás, la consagración de la autonomía del Derecho de Familia es imparable e irreversible y de nada vale seguir resistiéndose a ello.<sup>8</sup> Y así debe ser; la familia es el grupo humano de interés social preferente debido a sus funciones estratégicas en relación con la sociedad,

<sup>6</sup>CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral*, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1968. Criterios que fueron ampliados por el profesor José BARROSO FIGUEROA en su artículo “La autonomía del Derecho de Familia”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>7</sup>Para mayor abundamiento respecto a la escasa aplicación de los principios del Derecho Civil y materia de lo Familiar, *vid.* GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Naturaleza jurídica y autónoma del Derecho Familiar*. El Derecho Familiar en la República Dominicana. Memorias del 1er Congreso Nacional en Derecho Familiar, 1ra edición, Santo Domingo, República Dominicana, noviembre de 2011, pp. 35-38. En ese trabajo, el jurista mexicano sostiene su tantas veces defendida tesis sobre la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, distinta del Público y del Privado, exponiendo múltiples razonamientos, entre otros, el análisis que hace Roberto RUGGIERO sobre la ausencia de aplicación de principios tales como el de representación, las modalidades a los actos jurídicos, la renuncia a los derechos privados y la enajenación, cesión y comercialización de estos.

<sup>8</sup>Un exquisito y detallado repaso sobre las opiniones vertidas por gran parte de los más renombrados tratadistas del siglo XX sobre la clasificación del Derecho del Familia como una rama con perfiles propios, nos brinda el Dr. Jorge Mario MAGALLÓN IBARRA, destacadísimo jurista mexicano, quien me regaló el inmenso honor de compartir sus conocimientos en sus memorables clases durante mi paso por la UNAM. *La doctrina del Derecho de Familia*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

ligada a la subsistencia de ella misma, es el marco propicio para el desarrollo integral como personas y su integración en el entorno social. En ella se entrelazan intereses individuales y generales del grupo con preeminencia de estos.

**Unidad** porque ninguna rama del saber jurídico es autosuficiente y aspirar al conocimiento del Derecho mediante el análisis separado de cada una de sus ramas es como pretender el conocimiento del cuerpo humano por el examen separado de cada uno de sus órganos. En ambos casos se trata de un sistema en el que el todo no puede prescindir de sus partes. El concepto de Derecho es uno; pero la diferenciación es útil para el conocimiento integral de las instituciones jurídicas y, por ende, tiene un sentido predominantemente pragmático y didáctico.<sup>9</sup>

Estamos viviendo un intenso proceso de constitucionalización de las instituciones jurídicas, especialmente de aquellas del llamado Derecho Privado y en lo que nos toca, del Derecho de Familia; ya no es posible separar de manera tan evidente a estas de las instituciones de lo que conocemos como Derecho Público, cuyos linderos mutuos se van invisibilizando. Como señala el destacado jurista peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO: "... en consonancia con la estructura coexistencial de la persona como ser humano, que exalta el valor solidaridad, no es posible sostener como válida la difundida y generalmente aceptada clasificación del Derecho en público y privado como si fueran dos situaciones del todo inconexas. Los juristas, con sentido de la realidad unitaria del Derecho, llegan a comprender que en todo interés prevalentemente privado está también presente, en determinada medida un interés social. (...) Del mismo modo, en toda manifestación calificada de pública no está ausente, también en alguna variable medida, el interés privado".<sup>10</sup>

<sup>9</sup>LAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Parte general, Editorial El Gráfico Impresores, 1980, p. 46.

<sup>10</sup>FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, Editorial Jurídica Grijley, Lima, Perú, 2001, p. 94.

Personalmente, nunca he comprendido el beneficio, ni la ventaja, ni la utilidad de aplicar criterios territoriales de demarcación, ni deslindes de fronteras, ni compartimentos estancos. Ninguna disciplina se basta por sí misma y mucho menos ante el creciente proceso de socialización<sup>11</sup> que sufre el Derecho.

### **3. ¿Qué distingue al Derecho de Familia? ¿Qué lo hace único dentro del todo?**

Negar que en la base del Derecho de Familia está la persona sería un dislate, como lo sería negar idéntica afirmación para con el resto de las ramas del Derecho. Pero sostener que por ser la familia un grupo compuesto por personas es, por extensión, parte del Derecho de Personas sería, cuando menos, una simpleza.

Tampoco debemos confundir el interés público que prevalece en la mayor parte de las relaciones familiares, con el concepto de Derecho público: las normas jurídicas destinadas a la familia, no tienen como finalidad proteger el interés del individuo, sino como miembro del grupo familiar; pero es evidente que no pueden identificarse los fines propios del Estado con los fines y las necesidades del grupo familiar aunque, en principio, unos y otros no se opongan. La familia rebasa lo privado porque el interés que se protege por medio de la norma está por encima del interés individual. En contrapartida con esta realidad, el Estado interviene en muchos de los aspectos reguladores del Derecho de Familia por la importancia que esta institución tiene para la sociedad; pero lo hace –al menos debería hacerlo– sin el propósito de restringir el interés individual, sino de subordinarlo al interés superior del grupo. Ni la “privatización” ni la “publicización” del Derecho Familiar son saludables para esta institución. Como todo en esta vida, la clave del éxito está en el equilibrio, en la armonía.

<sup>11</sup>Entendido como la transformación que ha sufrido el Derecho a la luz de la nueva axiología que coloca como valor central la protección de intereses colectivos.

En apoyo de estas ideas,<sup>12</sup> me apropio de las palabras de mi estimada y respetada profesora, la Dra. Olga MESA CASTILLO, dichas a propósito de sus reflexiones sobre la experiencia cubana de las Salas de Justicia Familiar como validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia, en Conferencia Magistral dictada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, que tuvo lugar en Mar del Plata, Argentina, en octubre de 2012, y que adobaré con pequeños comentarios: "... dentro del Código Civil o en texto separado, el Derecho de Familia manifiesta su autonomía y disfruta de los mismos rasgos jurídicos: gran parte de su normativa tiene carácter imperativo (de *ius cogens*), los derechos-deberes que se le atribuyen se caracterizan por ser intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles, indisponibles, inderogables. Sus normas de obligado cumplimiento, no meramente supletorias, ni dispositivas, reservan un campo verdaderamente limitado para la autonomía de la voluntad privada, predominando el deber jurídico sobre el derecho subjetivo. Las relaciones familiares no pueden estar sometidas a condición o a término, ni, en general, pueden ejercitarse mediante representantes. Se aprecia en él, como en ningún otro ordenamiento jurídico, la pertinencia y la necesidad del engarce interdisciplinario, y, por último, (...) el sentido predominantemente ético y moral que lo caracteriza..."<sup>13</sup>

<sup>12</sup>Ya desde la década de los años 50 de la pasada centuria, el profesor José GUERRA LÓPEZ desde su cátedra, sostenía la idea de la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, entendida en su trascendencia social y consecuente interés público, marcando la diferencia frente al Derecho Civil, cuando afirmaba: "... en la familia hay algo que no es Derecho Civil. Derecho Civil es siempre Derecho Privado, siempre es protección de la autonomía individual, de la voluntad de los intereses individuales, del egoísmo, protegidos por la norma; y en la familia, hay algo que no es egoísmo, que no es autonomía individual, hay intereses colectivos, espíritu colectivo, así que allí hay algo social, algo de Derecho Público, hay que trascender de la esfera del Derecho Privado". *Lecciones sobre Derecho de Familia*, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones de la Universidad de La Habana, 1954, p. 4.

<sup>13</sup>CASTILLO MESA, Olga, "La experiencia cubana de las Salas de Justicia Familiar: validación de la naturaleza social y el enfoque interdisciplinario del Derecho de Familia", Memorias del XVII Congreso Internacional de

O sea, estamos hablando de un espacio muy reducido para la autorregulación: la autonomía privada se limita a la forma en que elegimos organizar la convivencia, al momento en que la damos por terminada, a la elección del régimen económico que disciplinará la vida de la pareja en los países en que ello es posible, al uso de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a la cantidad de hijos, al espaciamiento de su llegada, etcétera, pero los efectos no pueden ser controlados por la voluntad de los actores y predomina la preservación de un interés superior. Incluso, cuando pareciera que se abre una brecha, siguen persistiendo “zonas de lo indisponible”.

En el Derecho Familiar no es posible aplicar la norma con la rigidez con que se aplicaría en otros casos ni los mismos criterios de análisis (cada situación merece un tratamiento muy personalizado y acorde con sus circunstancias); por ello muchas de sus normas carecen de sanción; por ello muchas de sus instituciones se transforman en su esencia con el avance del desarrollo de la institución familiar.<sup>14</sup>

La intervención del Estado en la formación de relaciones jurídicas de carácter familiar no es comparable, ni en su forma ni en su intensidad, a la que puede existir en la constitución de otras relaciones de carácter estrictamente civil: en materia de Derecho Familiar es muy frecuente la intervención y participación activa y determinante de un funcionario público para validar el acto de que se trate.

Los derechos subjetivos no están principalmente dirigidos a la satisfacción de los intereses particulares de su titular, sino que

---

Derecho Familiar, Mar del Plata, Argentina, octubre de 2012 (versión digitalizada).

<sup>14</sup> Como ha sucedido, por ejemplo, con la adopción, que ha pasado de ser un mecanismo de perpetuación o continuidad de la estirpe y de conservación de los patrimonios, para transmutar hacia una dimensión esencialmente tuitiva de cara a la protección de la niñez abandonada y de la integración familiar, o, acorde con los nuevos aires que corren, impedir el descarte de embriones supernumerarios obtenidos mediante las técnicas de fecundación asistida en el supuesto de abandono.

están orientados a la protección de los intereses superiores de la familia.

En los actos jurídico-familiares priman las relaciones y consecuencias personales sobre las patrimoniales, lo que es lo mismo decir que en el ámbito de esta materia, las relaciones jurídicas de carácter económico están concebidas únicamente como elementos accesorios de las relaciones personales de las cuales derivan.

Y, por último, en el Derecho Familiar como en ninguna otra rama del saber jurídico, se impone la necesidad insoslayable del enfrentamiento de tantos fenómenos –como la transformación de las maneras de comunicarnos, los procesos migratorios, el urbanismo, el medio ambiente, la violencia, la drogadicción o el envejecimiento– a partir de la inter-, trans- y multidisciplinariedad imprescindible ante la implicación multifactorial de sus causas y consecuencias. La mayor parte de los conflictos que estos fenómenos plantean no pueden ser abordados sin las aportaciones disciplinares de otros ámbitos del saber y es el reto al que estamos llamados los juristas de conjunto con los especialistas en demografía, economía, sociología, pedagogía, psicología, filosofía, politología, antropología, biología, arquitectura, informática, medicina, entre otros

#### **4. Ejes centrales de análisis: incidencia de la tecnología y el desarrollo científico-médico; nuevos modelos de organización familiar y su disolución; papel del menor como sujeto de derecho y otras situaciones**

Ante esta situación, es necesario generar espacios de discusión jurídica y adoptar medidas concretas que den respuesta a los retos actuales del Derecho de Familia que se esparcen esencialmente sobre tres ejes centrales:

- Su proceso de constitucionalización, al que ya hemos hecho mención, y la incorporación integrada y multidisciplinar de conceptos jurídicos y sociales y de principios generales del Derecho tales como familia, solidaridad, convivencia, dependencia, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, beneficio del menor, interés más digno de protección, etcétera.

- La incidencia en toda la sociedad, pero especialmente sobre la familia, de los nuevos avances tecnológicos y científicos que se refleja tanto en las formas de comunicarnos en el ámbito familiar como en las nuevas formas de procreación.
- El desplazamiento de la preocupación del Derecho hacia otras formas familiares o convivenciales, y ya no exclusivamente sobre la familia nuclear (padre, madre e hijos) basada en el matrimonio heterosexual.

A través del análisis de algunos de los tantos retos que enfrenta hoy el Derecho de Familia, trataré de ilustrar cómo se equilibran los conceptos de autonomía de esta disciplina y unidad del Derecho: **en unos casos**, y a pesar de la necesaria unidad, es indispensable conocer, manejar, dominar e imponer los principios del Derecho de Familia, sus características singulares, su objeto de estudio propio, la manera especial de interpretación de sus normas, los fines superiores a que está llamado a proteger y respetar, que rebasan toda clasificación dentro de los tradicionales derechos Público y Privado; y, **en otros casos**, se revela la necesidad de la interacción con otras ramas en el contexto de su naturaleza unitaria.

### **Aquellos que tienen que ver con la irrupción en el campo del Derecho de la tecnología y el desarrollo científico-médico.**

Las relaciones familiares están siendo objeto de cambios profundos y permanentes que han impactado radicalmente sobre el Derecho de Familia. En puridad, más que a meros cambios, nos enfrentamos a transformaciones. Muchos de los conceptos “clásicos” de esta rama del saber han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de las nuevas formas de reproducción. Las situaciones creadas por la llegada de la tecnología a la familia, dígame, nuevos modelos de familia, distintas filiaciones, reproducción sin sexo,

sexo sin reproducción, planificación eugenésica de la reproducción, encierran planteamientos ante los que la mirada jurídica no basta, se requiere de una mirada multidisciplinar.<sup>15</sup>

Lo cierto es que las nuevas realidades familiares existen y que la filiación ya es posible de muchas otras maneras distintas a la unión sexual entre el hombre y la mujer. La posibilidad de elegir por estas novedosas vías la forma de organización familiar pudiera ser considerada como un elemento que conduce a la “privatización” del Derecho de Familia, pero ello es una impresión ilusoria: su contenido, sus efectos y consecuencias siempre seguirán siendo de orden público. Y los juristas dedicados al Derecho de Familia tenemos que hacer frente a estos cambios tan significativos en los sistemas de parentesco, de filiación y de familia impulsados por el progreso y los retos que nos propone la ciencia, la investigación y la tecnología, sin perder esta dirección.

Y ejemplifico:

1. La irrupción de las nuevas TRHA especialmente en su variante conocida como maternidad por subrogación o por sustitución, o vientres de alquiler o madres de alquiler, consiste en la gestación, convenida o no en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna y consiente que la misma quede determinada a favor del contratante(s) o de un tercero(s).

A estos contratos o pactos hay que juzgarlos, primero, a través del cristal del Derecho Constitucional, pero indefectiblemente con el prisma del Derecho Familiar, pues sus consecuencias atañen a la dignidad de la mujer y del hijo, afectan la connotación de mercantilización de la gestación y de la filiación, conducen a la cosificación de la mujer gestante y del niño y a la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza; lleva al tráfico de niños, a la vulneración de las normas de adopción,

<sup>15</sup> LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y Derecho*, No. 24, enero 2012, pp. 76-91.

al establecimiento falso o fraudulento de una paternidad biológica que modifica las relaciones familiares con un menor y elude cuestiones como los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, o la solución a enfrentar en caso de que ambos partícipes en la fecundación del embrión implantado en un útero extraño mueran durante el proceso de gestación.

¿Qué criterios han de primar? ¿Acaso el impecable y perfecto concierto de voluntades reflejado en el contrato o acaso la protección del interés superior del niño y de la filiación?

2. Siguiendo en este mismo tenor, las TRHA han revolucionado las categorías filiatorias por varias razones, entre las que cabe destacar, de entre tantas, tres:<sup>16</sup>

"a) La multiplicación de lo que ya se ha dado en llamar la "progenitorialidad" en varias personas (donantes, gestante, progenitores de deseo o comitentes, sin contar los esposos de estos). El Derecho se encuentra en la encrucijada de no saber qué hacer ni cómo nombrar a cada uno de esos sujetos que participan en el proyecto parental y que de hecho forman parte de la identidad del niño que sea engendrado. ¿Hay que silenciarlos, hay que negarlos o en definitiva, sumarlos?

"b) La inversión y confusión en las líneas de parentesco de manera tal que un(a) abuelo(a) puede ser legalmente padre/madre de su nieto(a), como está sucediendo cada vez más, en los casos en que una madre gestante, es a la vez abuela porque gestó un óvulo de donante fecundado con gametos de su hijo(a), y dio a luz a quien resulta ser tanto su hijo como su nieto.<sup>17</sup>

<sup>16</sup>BASSET, Úrsula C., *La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable*, Instituto Internacional de Estudios sobre la Familia, TFW, Madrid, 2015. [www.thefamilywatch.org](http://www.thefamilywatch.org)

<sup>17</sup>Por ejemplo, en el año 2010 en México una madre de 50 años de edad dio a luz a su nieto tras prestar su vientre para que su hijo, homosexual de 31 años, hiciera realidad el sueño de ser padre. O en Chicago, en que una

"c) A lo que llamamos **hijo** cuando está en el vientre materno, una vez que proviene del proceso de fecundación y crioconservación se le llama **embrión en estado pronuclear**<sup>18</sup> y se asemeja jurídicamente a un objeto disponible por el laboratorio o por los "comitentes", que pueden decidir si vale la pena o no que sea implantado según sus caracteres genéticos o morfológicos, o peor, ser destruido o utilizado con fines de experimentación si antes no definimos su estatus.

3. Es usual o mayoritario solo analizar esta nueva realidad desde la perspectiva de quien pone en movimiento el mecanismo y muy pocas veces desde la mirada del interés del hijo que está por llegar y esa responsabilidad le corresponde al Derecho de Familia de conjunto con el Derecho Constitucional. En este proceso se enfrentan múltiples derechos: desde la perspectiva del "usuario" de la TRHA nos tropezamos con el deseo que transformamos en un pretendido derecho a *tener descendencia y a procrear* y desde la perspectiva del hijo, aquellos sí auténticos derechos a *conocer de su origen biológico o identidad y a nacer y crecer dentro de una familia perfectamente estructurada*. Aquí cualquier interés individual declina ante otro de alcance general o superior.<sup>19</sup>

Siguiendo con este bloque de implicaciones entre Derecho y tecnología, es forzoso mencionar las TIC (tecnologías de la

---

mujer de 61 años de edad, quien dio a luz al bebé de su hija, irrumpió en los medios hablando de su extraordinario viaje como abuela sustituta para su hija y su esposo, quienes sufrieron una dura lucha contra la infertilidad. Otro análisis lleva el tema de la mercantilización del proceso: una madre joven de Córdova, desocupada y abandonada sin recibir ayuda del padre de sus propios hijos, quiere cobrar por tener hijos para otros y ofreció alquilar su vientre.

<sup>18</sup> BASSET, Úrsula C., *Idem*.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, Ponencia Segunda. *Derechos e intereses en conflicto ante el influjo de los avances de la ciencia y la técnica en el Derecho de Familia. Especial referencia a las técnicas de reproducción humana asistida*. Nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español-iberoamericano. (Un estudio comparado: Cuba España y aportaciones de interés notable. Méjico, Colombia, República Dominicana). Coord. Oscar MONJE BALMASEDA, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pp. 439 y ss.

información y la comunicación) que inicialmente surgieron como medios facilitadores de la comunicación, pero hoy ya han provocado hondas transformaciones en los modelos de información y comunicación convencionales y en las relaciones humanas en general. Son ostensibles en las nuevas generaciones –“nativos” digitales– que han nacido y crecido de la mano de las TIC, y que se desenvuelven con total soltura en el espacio virtual. Menos evidentes para los adultos –“inmigrantes” digitales–, que hemos tenido que aprender a usarlas para poder entender y apreciar las oportunidades que ofrecen y poder seguirles el paso y la pista a nuestros hijos.

Existen toda clase de medios de producción digital: cámaras de foto y de video, multimedias, programas de tratamiento informático y para la edición de videos o la creación de páginas webs. Las nuevas generaciones no solo son consumidores digitales, sino que también son productores. Y sus elaboraciones o creaciones terminan “colgadas” en la Internet para el consumo de otros internautas: sus amigos en las redes sociales, sus videos en Youtube,... pues las redes de hoy cumplen la misma función que el ágora de la Grecia clásica, ese espacio público o punto de encuentro en el cual compartir, charlar, fomentar amistades o discutir un tema en un foro.

El problema surge cuando esos contenidos a los que accede o que crea e inserta o de los que hace uso una persona –especialmente si se trata de un menor de edad– afectan tanto a su intimidad personal, como también a la intimidad de su grupo familiar. ¿Qué interés prevalece? ¿Qué criterios de ponderación asumir? En nuestro auxilio acuden instituciones del Derecho Constitucional y del Civil,<sup>20</sup> pero con un tratamiento muy propio de lo Familiar.

Estamos tratando con el reconocimiento de los derechos de la personalidad en el ámbito familiar, fundamentalmente en los

<sup>20</sup>Derechos fundamentales o constitucionales que a la vez reciben protección desde el Derecho Civil a través de los derechos inherentes a la personalidad.

casos en que está implicado un menor de edad. No es este el momento de explicar los principios generales que se toman como pautas para resolver las eventuales confrontaciones de los derechos que atañen al ámbito interno, psíquico del individuo (especialmente los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen) con las libertades con las que usualmente colisionan (expresión y de información).<sup>21</sup> Lo importante es que estos principios claudican en los supuestos en que están involucrados menores de edad, por existir un ámbito de superprotección o protección reforzada aun cuando exista o el *consentimiento manifiesto* del menor –que no exonera de la ilicitud y la responsabilidad por la intromisión en el ámbito de que se trate–, o esté presente el requisito de *veracidad*. En todos los casos, todos esos criterios de ponderación se estrellan contra el interés superior del menor que será siempre el límite infranqueable.

Es decir, ante una misma situación, hay un tratamiento jurídico distinto en dependencia de si se trata de un menor o de un mayor de edad y esto se justifica desde el momento en que entran en juego valoraciones de índole diversa, muy propias del Derecho de Familia, por la naturaleza especial del sujeto involucrado.

En un sentido positivo, las TIC también influyen en el Derecho de Familia desde el momento en que sirven de vehículo a la comunicación rápida, a tiempo real entre los integrantes de un grupo familiar, estrechando o eliminando las distancias que en ocasiones nos impone la vida, las circunstancias o la migración de la que hablaremos más adelante. De tal suerte, ya es posible establecer un régimen de comunicación entre

<sup>21</sup>Vid. ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, *La libertad de información y de expresión y los derechos de la personalidad. Pautas para solucionar los eventuales conflictos*. Derecho Civil Constitucional. Coords. Carlos VILLABELLA ARMENGOL, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Germán MOLINA CARRILLO, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Grupo Editorial Mariel, Universidad de la Sabana, 2014.

padre e hijo por vía virtual como ha sido declarado por los tribunales argentinos en una sentencia del año 2008.<sup>22</sup>

### **Aquellos que atañen a los nuevos modelos de organización familiar (o las diversas formas de vivir en familia) y su disolución.**

¿Qué decisión ha de tomar el legislador? ¿Será que solo debe interesar al Derecho la forma clásica de organización familiar a partir de la diversidad de sexos y el paso por el Registro Civil o por los tribunales? ¿Debe dar la espalda a lo que está sucediendo ante sus ojos aun a contrapelo de sus tradicionales concepciones? ¿Es que el Derecho no se basta para regular las formas de vivir en familia que muestra la realidad social? ¿No se sustentan también estas maneras de organizarse en lo más básico y elemental que caracteriza a un grupo familiar, o sea, crear relaciones y lazos de afecto y solidaridad?

El desconocimiento por el legislador de estas otras múltiples formas de organización, no debe ser confundida con espacios que conquista la autonomía de la voluntad a partir de su desregularización; tiene más que ver con la subsistencia de criterios jerárquicos sobre cuál de estas maneras de organizar nuestra convivencia familiar es mejor o peor, o con el rechazo a admitir los cambios que se dan en la realidad social y, no pocas veces, con un fuerte componente peyorativo que subyace, con tintes discriminatorios y ultrajantes.

La primera tarea le corresponde al Derecho Constitucional dejando el camino abonado para que el Derecho de Familia regule los nuevos modelos familiares: las familias monoparentales; las familias recompuestas, reconstituidas o ensambladas; las fundadas en relaciones de parejas no casadas de heterosexuales o de homosexuales, e, incluso, otras relaciones de convivencia en las que faltando la *affectio maritalis* típica de las relaciones

<sup>22</sup>Fallo del Tribunal de Familia No. 5 de Rosario, Argentina, en los autos FS C/ CE S/ Régimen de Comunicación de fecha 30 de diciembre de 2008. Revista Jurídica On line *El Dial*, publicación de 6 de febrero de 2009.

matrimoniales o de pareja, se fundamentan solamente en la ayuda mutua o la prestación de asistencia.

En lo que respecta a la ruptura o disolución de cualquiera de las formas que adopte la relación convivencial, siempre será tema de interés para el Estado cualesquiera sean sus circunstancias. No podemos engañarnos, ni siquiera los efectos de una separación de mutuo acuerdo en la que no existan hijos menores pueden ser controlados por sus protagonistas, sea cual sea la vía que se utilice (judicial o administrativa o registral o notarial). De esa relación se derivan consecuencias que no está en manos de sus integrantes manipular a su antojo.

Relacionado con estas múltiples formas de organización de la vida familiar, no es posible soslayar otro tema muy complejo: el desmoronamiento de la ya estrecha concepción de la patria potestad, que va desde su nomenclatura<sup>23</sup> ya obsoleta pasando por todas sus derivaciones: guarda compartida, rompimiento de las enraizadas construcciones sociales sobre el papel relevante de la maternidad o de la figura preponderante de la madre que quebranta el principio de igualdad, sobre el contenido que se ha de atribuir a la fórmula tradicional de “diligencia de un buen padre de familia” heredada del Derecho Romano, la posibilidad de ceder algunas de las facultades propias de la patria potestad a terceras personas distintas de los padres, la exclusión de la patria potestad ante los supuestos de negativa contumaz al reconocimiento de una paternidad evidente o la posibilidad de su recuperación una vez decretada la pérdida o privación de su titularidad.

A ningún jurista escapa que, no solo en el ámbito familiar, sino en aquellos en los que despliega su manto el Derecho, será siempre más aconsejable lograr un acuerdo entre los involucrados. Pero en el caso del Derecho Familiar y, especialmente, en las derivaciones de la patria potestad y la responsabilidad y cuidado sobre los hijos, estos acuerdos siempre tienen que pasar por el filtro de protección de un interés superior y respetar determinados

<sup>23</sup>Más acorde con su esencia, deberíamos referirnos a ella como **responsabilidad parental**.

principios: la igualdad entre los padres, el derecho de los hijos al disfrute de la biparentalidad y al contacto con ambos progenitores que no pueden ser pisoteados por la autonomía privada ni por acuerdo alguno.

Es tarea de esta rama del saber jurídico entender la familia más allá de los parentescos y considerar que –independientemente del sustrato biológico con el que se inicia– toda institución familiar es una decisión social.

### **Aquellos que atañen al papel del menor como sujeto de derecho.**

El concepto de capacidad, tan propio del Derecho Civil, también ha sido reevaluado en el ámbito de la minoridad, gracias a la consideración del niño como sujeto de derecho, especialmente en el ámbito de las relaciones familiares, y la introducción de una concepción dinámica, acorde con los tiempos, de ejercicio de la capacidad, a partir de la evolución progresiva de sus facultades.

De esta forma, las tradicionales relaciones de dependencia y subordinación de los niños respecto de sus mayores son sustituidas, en armonía con la realidad social y respetando cada una de las circunstancias personales, por relaciones de activismo y participación de niños y adolescentes en los asuntos que les afecten.

La forma clásica de entender la incapacidad chocó con el Derecho moderno que centra su eje de atención en los derechos fundamentales y de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales. Ello ha reconducido las reglas de la capacidad a un campo ajeno a lo patrimonial conforme al principio de igualdad y de libre desarrollo de la personalidad. El interés superior del niño que, a veces nos parece un concepto tan indeterminado, se concreta, en materia de capacidad, en el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño y del adolescente que se introduce en nuestro universo gracias a la Convención de los Derechos del Niño en 1989, ya no solo como principio, sino relacionándolo con una serie de conceptos objetivos que lo llenan de contenido.

Principio que comenzó afectando, fundamentalmente, la facultad de representación que tienen los padres respecto de sus hijos; pero terminó con alcanzar a todo el resto de facultades y deberes derivados de la filiación. El reconocimiento de la capacidad, sea parcial, sea limitada, sea extendida, o mejor, variable, deslizante y flexible en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a partir de un cierto “grado de madurez”, debe interpretarse como la expresión de respeto a un principio superior que encuentra amparo en nuestra Constitución de la República, en la protección al libre desarrollo de la personalidad.

Desde esta perspectiva, resulta necesario replantear la dinámica en los vínculos familiares, abandonándose la tradicional noción de la patria potestad, entendida como poder y control de los padres sobre sus hijos, hacia una mayor democratización de los vínculos familiares, en la cual la relación paternofilial está signada por la noción de protección integral, entendida como la responsabilidad de los padres de criar, educar y cuidar a sus hijos, acompañándolos hacia su plena autonomía.

Ello no debe conducir a la rigidez y el esquematismo al momento de armonizar el fomento de la autonomía del niño, y la obvia necesidad de una especial protección que le es brindada en el seno familiar y que, en ocasiones, puede suponer una limitación de su autonomía. La pieza clave es el equilibrio: a menos edad, más protección, pues se carece todavía de la capacidad natural para ser autónomos; y, a la inversa, a mayor edad del niño, menos necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los mecanismos de protección, y mayor espacio conquista la autonomía legal, porque, a fin de cuentas, el sentido que sustenta la evolución de las tradicionales concepciones limitativas de la capacidad en la minoridad es que, al llegar a los 18 años, el niño sea ya por completo autónomo, desde el punto de vista legal, pero también intelectual, volitivo y afectivo.

El papel de la familia es vital: es en la familia donde se le protege, es en la familia donde aprende a ser autónomo y es en la familia donde se le prepara como ser social y ciudadano. Cuando se prescinde de estas premisas, es cuando se producen las

paradojas y las contradicciones que el Derecho debe evitar: se acaba limitando la autonomía para decisiones poco relevantes y ampliándola para las más trascendentes, de manera tal que se exija permiso por escrito de los padres para irse de excursión o de acampada con la escuela o para hacerse un tatuaje o ponerse un *piercing*, pero no se haga igual exigencia a una niña o adolescente para un aborto, con todo lo que este proceder médico implica para su salud física y psíquica.

Son muchos más los retos que quedan por mencionar y que ha de enfrentar el Derecho de Familia desde su propia mirada, y muchas las razones para rechazar la inclusión o trasplante de ciertas instituciones más coherentes con una visión individual, privada e incompatible con su esencia.

Respecto de los primeros, el Derecho de Familia está obligado a acoger el debate en torno a un fenómeno muy particular que se origina a partir de los procesos migratorios, que son las llamadas **familias transnacionales**, aplicando sus métodos propios con el propósito de proyectar soluciones factibles y viables para garantizar la funcionalidad del grupo familiar aun cuando sus miembros estén alejados geográficamente; asimismo, como fruto de los avances científicos, de la ausencia del reemplazamiento poblacional ante el descenso de la natalidad, de los flujos migratorios de personas mayoritariamente jóvenes, del derecho a la reagrupación familiar o de otros elementos multifactoriales, el Derecho de Familia debe encontrar los cauces apropiados para hacer frente al **envejecimiento poblacional**, a la regulación de pactos de acogimiento de personas mayores según cada una de las circunstancias, a la atención a la dependencia y a la regulación precisa de los alimentos.

Igualmente, a la creación de un marco general y la toma de medidas concretas desde una perspectiva multidisciplinar, con las cuales luchar contra la mancha vergonzante que deja en la sociedad, en la familia y en sus integrantes la **violencia de género, la violencia doméstica y el abandono emocional**, o la regulación de sistemas de **solución de conflictos**, tales como la **mediación** familiar, que propendan a la **desjudicialización** en la medida de lo posible del Derecho de Familia.

Respecto de las segundas, es decir, la traspolación irracional de instituciones ajenas a su esencia, solo haré mención a una. No hay cabida en el ámbito familiar para el derecho de daños entre los integrantes de este grupo, lo cual se traduce en la exclusión implícita de la responsabilidad civil extracontractual en la forma que se resuelve en otros supuestos ajenos a ella. Aunque en el momento actual empiezan a aparecer síntomas que abren una cierta fisura en el principio de inmutabilidad de los daños en el marco familiar,<sup>24</sup> la concepción jurídico-social de la familia en Cuba, hace incongruente e inconveniente su aplicación de forma automática<sup>25</sup> e indiscriminada, a cualquier supuesto de daños entre familiares, hipótesis que descansa en varias razones:

- La familia ejerce indispensables funciones sociales y la protección de sus relaciones es un factor esencial que ha de tenerse en cuenta siempre que se resuelven

<sup>24</sup>Por ejemplo, se habla de la responsabilidad derivada de la procreación asistida y de otros aspectos relacionados con la manipulación genética, como también la que resulta de los daños sufridos por el feto no transmitidos por herencia y de los daños por enfermedades transmitidas genéticamente a los hijos, así como por las enfermedades transmitidas entre los esposos. O de la procedencia de los daños y otros reclamos patrimoniales por la ruptura de la promesa de matrimonio o esponsales, en las legislaciones que se aprecia esta figura, como también los producidos por la muerte del futuro contrayente, o por la nulidad del matrimonio, o por la separación y el divorcio. También los daños derivados de la negativa a reconocer al hijo extramatrimonial; la responsabilidad de los padres por daños causados por los hijos menores de edad; los daños producidos por la violencia familiar; los reclamos indemnizatorios por fracaso matrimonial o de la unión de hecho.

<sup>25</sup>El resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de los deberes del matrimonio y de la filiación, como ocurre en la generalidad de las instituciones del Derecho de Familia, no tienen un contenido susceptible de apreciación pecuniaria; asimismo estaríamos en presencia de una duplicidad de sanciones, la procedente del Derecho de Familia y la del resarcimiento del daño; y más importante, se violenta el principio de la especialidad de las normas del Derecho de Familia, que impide la aplicación, en dicho ámbito, de las normas generales de responsabilidad por hechos ilícitos (*lex specialis derogat generalis*), por mencionar solo otras de las tantas razones de igual importancia a tener en cuenta.

litigios entre sus integrantes, con las soluciones y remedios específicos que la normativa del Derecho de Familia prevé para los conflictos entre familiares que no pasan por la exigencia de responsabilidad civil entre sus miembros. ¿Cómo es posible reparar los daños en la esfera de las relaciones personales dentro de la familia o por el incumplimiento de los deberes conyugales como si se tratara del daño provocado por un tercero?

- La determinación de “culpables” e “inocentes” en la familia nos devolvería a un pasado que ya ha sido superado con la supresión del delito de adulterio y la introducción del sistema de divorcio-remedio sin necesidad de airear las múltiples causales, que a fin de cuentas, resultan irrelevantes ante el hecho cierto de que ya no es posible la continuidad de la vida marital.
- A pesar de la expansión cada vez más creciente del ámbito de la responsabilidad civil que ya alcanza la reparación de los daños morales, hay que ser muy cuidadosos; no todo sufrimiento, aunque desde el punto de vista ético parezca injusto, puede ni debe ser indemnizado, muy especialmente en el ámbito familiar, en que hay daños que forman parte del riesgo general de la vida, de la cotidianidad del desenvolvimiento de las relaciones familiares y que dificultan una imputación objetiva.

## **5. Interrelaciones**

El Derecho de las Familias es el Derecho de los afectos, el de las emociones más hondas, el de las aspiraciones y los deseos más entrañables, el de las profundas convicciones o creencias personales, éticas o religiosas de la persona en sus relaciones con otras a las que le unen vínculos insondables más allá del simple dato biológico; y ni siquiera por causa del rompimiento o la alteración de esa armonía por parte de sus propios integrantes mediante conductas lesivas se debe plantear la existencia de la obligación jurídica de reparar los daños en la forma que para esos casos reservan otras ramas de la ciencia jurídica. No se

trata de dejarlos pasar, no se trata de silenciarlos a través de la negación irracional de su existencia; se trata de encontrar los remedios específicos en connivencia con los principios que adornan al Derecho de Familia, con las herramientas que ha de instrumentar para dar respuesta desde su esencia, a los supuestos de daños que puedan ocasionarse entre miembros de un mismo grupo familiar.<sup>26</sup>

Hubiera sido mi deseo poder ilustrar estas ideas con algunas sentencias del Tribunal Supremo Popular cubano en las que se haga gala de la connotación tan especial de la presencia del orden público en las decisiones que atañen a las relaciones jurídicas de la familia. Por ausencia de tiempo en mi caso y por respeto al de los lectores, ya quedará para otra ocasión.

Estas palabras han pretendido como objetivo esencial la demostración de la existencia efectiva e indiscutible de la autonomía del Derecho de Familia en equilibrio con la concepción unitaria del Derecho ante los retos que hemos de enfrentar en el ámbito de las relaciones jurídico-familiares. Espero haber cubierto, aunque sea parcialmente, esas intenciones; pero no estaría acabado este propósito sin hacer una muy breve alusión, y con ello termino, a la relación del Derecho Familiar con otras múltiples ramas del saber jurídico que no hacen sino reforzar la idea de la unicidad y de plenitud del Derecho sin abandono de la propia naturaleza y esencia de la disciplina. Algunas son obvias: con el Derecho de Personas ya mencionamos algunos supuestos, con el Derecho Sucesorio ni falta hace hacerlo.

Asimismo, ya hemos adelantado sus vínculos con el **Derecho Constitucional** que se manifiesta de manera evidente, estrecha y directa a través de normas constitucionales que protegen a instituciones del Derecho de Familia. Al decir de Germán BIDART CAMPOS: "... no asumir que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos

<sup>26</sup>Sobre este tema regresaremos en otro momento, con un análisis más particular que nos permita sustentar, o quién sabe si matizar, nuestros criterios con mayor profundidad.

humanos han tejido en torno a las relaciones familiares una malla de situaciones en la que insertan a la mujer, al niño, al anciano, a la fecundación asistida; esclerosarse en modelos que nos llegan del siglo XIX, ignorar o negar la bisagra que une al derecho familiar con el derecho constitucional, y tantos otros anacronismos, muy lejos de consolidar y defender a la familia, significa, a nuestro juicio, una miopía que impide ver con mirada amplia las profundas transformaciones que nuestro tiempo histórico viene acelerando<sup>27</sup>.

Igualmente se adivinan las relaciones con el **Derecho Internacional Público, el Derecho de Tratados y el Derecho Internacional Privado** a partir del tratamiento de los derechos humanos en el ámbito familiar, de las consecuencias de las migraciones, de las relaciones propias de la familia en que se involucra un elemento extranjero; del secuestro de menores; y de los tratados internacionales que protegen diversas esferas de lo familiar. (Convención de los Derechos del Niño, contra la eliminación de cualquier forma de discriminación a la mujer, sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad...).

Con el **Derecho Penal** la vinculación es cada vez más sólida y estrecha que se manifiesta con toda claridad a partir de la tutela penológica contra acciones u omisiones ilícitas (realizadas por sus miembros o contra ellos) que alteran de manera grave las relaciones jurídico-familiares. Por la importancia de la protección que merece este grupo social, la tutela penológica debe ser reforzada y caminar en sentido contrario a la corriente despenalizadora que, en otros ámbitos, se manifiesta en estos tiempos.<sup>28</sup>

<sup>27</sup>BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho Constitucional humanitario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.

<sup>28</sup>Cfr. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Penal Familiar*, pp. 39-126, y LÓPEZ ROJAS, Dayán Gabriel, *Un acercamiento al Derecho Penal Familiar desde el ordenamiento jurídico cubano*, pp. 793-808; Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana de Derecho de Familia y otras disciplinas afines. Coords.

Con el **Derecho Laboral** y de **Seguridad Social** debe coexistir para evitar las discrepancias sobre desigualdad de género y temas como la maternidad, los efectos de la disolución de las relaciones jurídico-conyugales, la minoridad, los alimentos y las instituciones públicas que coadyuvan a subvenir las necesidades en ausencia o impedimento de la familia.

## 6. Palabras finales

¿Está en crisis la familia? No lo creo, no podemos confundir crisis con evolución y eso es lo que está sucediendo a partir de las nuevas realidades y circunstancias que impactan sobre ella. Otra cosa es “la inoperancia social para resolver problemas familiares determinados”<sup>29</sup> como nos hace notar Elías GUASTAVINO.

Pero sí estará en crisis un Derecho que no sea capaz de armonizar su objeto de estudio y protección con las normas jurídicas que le resulten aplicables, que confunda y contraríe los principios que lo conforman y que no avance en paralelo a la evolución de la familia.

---

Dra. Olga MESA CASTILLO y MSc. Yamila GONZÁLEZ FERRER, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2013 (versión digitalizada).

<sup>29</sup>GUASTAVINO, Elías P., *op. cit.*, p. 22.

# **La prohibición del “*venire contra factum proprium non valet*”, como fuente del Derecho Civil cubano. Análisis crítico de su proyección en la práctica judicial**

Recibido el 4 de agosto de 2015

Aprobado el 4 de febrero de 2016

**MSc. Alain VALLÍN BORREGO**

*Abogado*

## **RESUMEN**

*Se analiza el principio de la prohibición del venire contra factum proprium como fuente indirecta del Derecho Civil cubano, de ahí que, partiendo de identificar su naturaleza jurídica, contiene una sistematización de sus rasgos y presupuestos esenciales, conforme con la doctrina y la jurisprudencia iberoamericanas, contrastándolas en cada caso con las posiciones que al respecto ha sostenido nuestro máximo tribunal de justicia.*

## **PALABRAS CLAVES**

*Principio, buena fe, venire contra factum proprium.*

## **ABSTRACT**

*The principle of the prohibition of venire against factum proprium is analyzed, like indirect source of the civil Cuban law. For that splitting of identifying his juridical nature, he contains a systematization of his features and essential budgets, according to the doctrine and jurisprudence Latin American, contrasting with them in each case the positions that with regard to this matter our maximum tribunal has supported justly.*

## KEY WORDS

*Principle, good faith, venire against factum proprium.*

## SUMARIO:

**1. Introducción. 2. Breve referencia a la naturaleza jurídica. Análisis crítico de la posición del máximo foro cubano al respecto. 3. La prohibición de ir contra los propios actos (*nemo potest venire contra factum proprium*). Sus presupuestos y requisitos de aplicabilidad. 3.1. La conducta, jurídicamente relevante y eficaz. 3.1.1. La conducta. 3.1.2. Relevancia de la conducta. 3.1.2.1. La doctrina de los actos propios vs. efectos vinculantes del negocio jurídico. 3.1.3 Eficacia. 3.1.3.1. Nulidad absoluta. 3.1.3.2. Nulidad relativa (anulabilidad). 4. A modo de conclusiones.**

### 1. Introducción

Como consecuencia inevitable del desarrollo, el auge de los principios generales del Derecho que comenzara por la llamada Europa Occidental ha irradiado a otros muchos países, de los cuales Cuba no ha sido excepción. Por lo que resulta evidente que siguiendo las posiciones de nuestra teoría del Derecho respecto a la posibilidad del empleo de los principios generales, pero con una visión más amplia y moderna de ellos, su utilización ha crecido notablemente durante los últimos diez años en nuestro país, particularmente dentro del Derecho Civil, bien invocados por las partes en sus alegaciones, así como también sirviendo de asidero, a manera de *ratio decidendi*, para el juzgador. Uno de los principios que más ha incrementado su presencia notablemente en el ámbito civil es el devenido de la teoría de los actos propios, según el cual a nadie le está permitido ir contra sus propios actos, y que para el Derecho romano se expresaba en el aforismo “*venire contra factum proprium non valet*”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>Vid. sentencias: No. 534 de 30 de julio de 2004, la No. 751 de 25 de noviembre de 2005, la No. 219 de 31 de marzo de 2006 y la No. 420

En contraste con lo anterior encontramos varias disposiciones dentro del articulado del Código Civil, que contrariamente a lo proclamado por la teoría de los actos propios, expresamente autorizan al sujeto a realizar eficazmente una conducta que contraviene la propia anterior, entre ellas pueden citarse: la revocación del testamento amparada en el artículo 479, la revocación del mandante o la renuncia del mandatario, según lo establecido por el artículo 409 –incisos a) y b)–, entre otros casos. Ello nos dice que, aunque indiscutiblemente los principios generales del Derecho proveen al juzgador una guía, a la vez que importante fundamento para sus decisiones, permitiendo interpretar las normas positivas de forma mucho más actualizada, más justa, más a tono con aquellos valores que en el momento histórico concreto son los que priman en la sociedad, ya que en última instancia es a nombre de esta que se ejerce la función de impartir justicia; y a pesar de las evidentes ventajas que representa el aplicar, como fuente indirecta o supletoria del ordenamiento jurídico, los principios generales del Derecho, en particular del principio derivado de la teoría de los actos propios ya referido “*venire contra factum proprium non valet*”, ello implica también nuevos retos para los operadores del Derecho, abriendo interrogantes medulares en su aplicación, relacionadas con la jerarquía entre normas y principios, o entre los propios principios, así como los posibles límites a estos. Por lo que todo ello nos obliga a cuestionarnos: ¿En caso de colisión sobre un mismo tema, debemos aplicar con preferencia la disposición normativa o el principio? ¿Debe primar la oponibilidad de los actos propios frente a una alegación de nulidad de pleno derecho o absoluta? ¿Debe prevalecer el principio “*venire contra factum proprium non valet*” frente a otros principios como los de legalidad y seguridad jurídica?

Ante estas y otras posibles cuestiones relativas a la mejor aplicación en nuestro ordenamiento jurídico del mencionado principio, nos corresponde a los juristas cubanos hallar la respuesta adecuada en aras de continuar perfeccionando nuestro sistema jurídico, máxime porque en un país como

---

de 29 de junio de 2006, todas ellas de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo Popular.

el nuestro, la finalidad prístina del Derecho es la realización de la verdadera justicia social, lineamiento político plasmado en el preámbulo de nuestra Carta Magna siguiendo la idea expresada en la frase martiana: "Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre".

## **2. Breve referencia a la naturaleza jurídica. Análisis crítico de la posición del máximo Foro cubano al respecto**

Se impone comenzar por su delimitación, para lo cual hemos de precisar su consiguiente valor jerárquico dentro de nuestro ordenamiento, y luego fijar sus rasgos. No obstante, ha de quedar establecido *ab initio* que nos sustentaremos en la base de afiliarnos a aquella postura,<sup>2</sup> la cual considera que la prohibición del *venire contra factum proprium* es un principio general del Derecho<sup>3</sup> que aunque directamente derivado de la buena fe, tiene autonomía propia. Razón por la que se le atribuye valor de fuente material e indirecta (supletoria), que

<sup>2</sup>Vid. VALLÍN BORREGO, Alain, "El principio *venire contra factum proprium non valet*, como fuente material e indirecta del Derecho Civil", Tesis de Maestría en Derecho Civil, bajo la dirección del profesor Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2015, pp. 29-40 (inédita), que contiene un análisis de las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, concluyéndose que es un principio general del Derecho,

<sup>3</sup>Son varias las sentencias del máximo tribunal de justicia cubano que así la reconocen: la Sentencia No. 702 de 31 de agosto de 2006, del Expediente sobre Casación Administrativa No. 712/06, bajo la ponencia de CARRASCO CASI, que en su segundo Considerando nos dice: "... si bien la nulidad absoluta es la solución para sancionar la contravención de una norma imperativa o prohibitiva y puede en cualquier tiempo pedirse, no lo es menos que en virtud del principio que nadie puede ir legítimamente contra sus propios actos, tal acción no es lícita cuando se ejercita por alguno de los participantes en el negocio jurídico...". La Sentencia No. 416 de 31 de mayo de 2006 dictada en el Expediente sobre Casación Administrativa No. 403/06, bajo la ponencia de ARREDONDO SUÁREZ, que en el tercer Considerando reza: "... visto que la imposibilidad de impugnar los actos propios puede ser sostenida tanto a partir de la propia existencia de dicho principio general, como de la acogida que se brinda, aunque de modo oblicuo, al principio de la buena fe, en el Código Civil...".

para su invocación o aplicación por los operadores jurídicos a un caso concreto dado, requiere que: no exista ley aplicable al caso, siendo necesario acudir a una fuente supletoria para salvar esa laguna del ordenamiento jurídico; que no exista contradicción del principio respecto a la ley; y que aquel sea susceptible de aplicación al caso concreto.

Quizás la más conocida y polémica sentencia en esta temática del máximo tribunal de justicia cubano, es la No. 219 de 31 de marzo de 2008 dictada en el Expediente sobre Casación Civil No. 152/06, bajo la ponencia de ARREDONDO SUÁREZ, que en el segundo Considerando expresa: "... no existiendo en nuestro ordenamiento precepto que enumere cuáles son sus fuentes y la relación de jerarquía entre estas, es imposible desconocer como fuerza vinculante, sin atentar a su vez contra el principio de legalidad formal, el valor de fuente material e indirecta de los principios generales de Derecho que sirven de basamento natural de la legislación positiva al expresar valores, intereses e ideas rectoras que dominan la forma de interactuar la sociedad y que se materializan mediante la autointegración, cuando se da respuesta a un supuesto no reglado expresamente ya sea por analogía, aplicando una regulación existente para otro que tiene similitud con él, como sería en el caso lo preceptuado en el artículo ciento ochenta y uno de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral que prohíbe reclamar la declaración de nulidad a quien con sus actos dio lugar a la misma...".

A nuestro juicio tiene el incuestionable mérito de identificar muy acertadamente la naturaleza jurídica de la institución, fijando con claridad meridiana y acierto como ninguna otra que le anteciedera, el criterio de la Sala respecto a que la "prohibición de ir contra los actos propios" es un principio general del Derecho, apreciado como fuente material e indirecta.<sup>4</sup> Sin

<sup>4</sup>Lamentablemente con posterioridad existen otras sentencias de la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo que sin fundamentación alguna cambian diametralmente la brújula de la naturaleza jurídica que identificara esta Sentencia No. 219 de 31 de marzo de 2008, para mantener entonces una conducta errática al respecto, así pueden

embargo, también consideramos que posteriormente se contradice en la técnica seguida y la naturaleza jurídica que previamente ha identificado, porque siendo como efectivamente lo es un principio general del Derecho, este deriva fundamentalmente del antiquísimo y reconocido principio de la buena fe, positivado en el artículo 6 de nuestro Código Civil, lo que hace innecesario y aun técnicamente cuestionable –a nuestro juicio–, deducirlo a partir de la autointegración mediante interpretación analógica del artículo 181 de la Ley rituarial civil. Si como bien reconoce el Alto Foro estamos ante un principio general del Derecho, y se le atribuye además el valor de fuente material e indirecta del ordenamiento cubano –con lo cual estoy plenamente conteste–, entonces resulta aplicable *per se*.<sup>5</sup> Por lo que considero redundante e innecesario ir más allá, acudiendo a una norma procesal para deducir de ella un principio y aplicarlo por analogía, cuando resulta mucho más sencillo y efectivo aplicarlo directamente desde el deber de lealtad y la exigencia de la conducta coherente que emana del principio general de buena fe reconocido en el artículo seis (6) del propio Código Civil.<sup>6</sup> Máxime porque cuando se analicen los presupuestos y rasgos del principio *nemo potest venire contra factum proprium* veremos que no siempre existe coincidencia entre estos y la regulación del artículo 181 de la Ley procesal civil cubana. Quizás en ello estriben algunas de las razones que justifiquen el hecho de que su aplicación haya tenido lugar, incluso, por encima de la teoría de las nulidades que se establece por la

---

confrontarse entre otras: Sentencia No. 543 de 29 de agosto de 2014 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular en el Expediente de Casación Civil No. 546-2014; Sentencia No. 141 de 30 de abril de 2012 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular en el Expediente de Casación Civil No. 162-2012.

<sup>5</sup>Ello asumiendo, lógicamente, que no exista ley directamente aplicable al caso, y se cumplen los demás requisitos técnicos y presupuestos necesarios para aplicar este principio del *nemo potest venire contra factum proprium*.

<sup>6</sup>Lo cual coincide con el hecho de que en otros códigos civiles como el Albertino de 1837 o el italiano de 1942, se reconocen ambas fuentes (analogía y principios generales del Derecho), pero muy bien diferenciados y atribuyéndoles distinto orden prelativo.

Ley sustantiva civil, y en contra de la interpretación que plantean otros estudiosos del tema.<sup>7</sup>

Consideramos prudente tener presente también una importante diferencia: pues la nulidad que regula la norma adjetiva civil, no tiene su razón de ser en la conexión contradictoria y desleal de una actuación judicial en relación con sus predecesoras; sino que la actuación pretensamente nula en sí misma –vista aisladamente–, es ilícita, por contravenir la norma que regula el proceso de que se trate. De modo que estamos ante una infracción apreciable *erga omnes*, que no requiere de distinción en la identidad del sujeto ni en su nexo causal con otra actuación precedente. Mientras que la esencia de la prohibición del *venire contra factum proprium* es a la inversa, el acto o posición jurídica que se pretende llevar a cabo es en sí mismo lícito y permitido por la ley, de lo contrario le sería aplicable la correspondiente causal de ineficacia, sin necesidad de ir más allá; lo que realmente convierte la conducta en antijurídica y reprochable, es que vista en relación con otras conductas jurídicamente eficaces realizadas anteriormente por la misma persona, implica un cambio de actitud que resulta inadmisibles para el Derecho, por defraudar la apariencia y la confianza que la primera generó en los terceros y les conllevó a adoptar determinadas posturas. De modo que esta es una prohibición relativa, que solamente existirá para determinados sujetos, vista siempre en indispensable interrelación con una conducta precedente (*factum proprium*).

En apoyo de esta tesis que venimos sosteniendo, merecen citarse igualmente algunos criterios ofrecidos al respecto por la doctrina científica más autorizada de nuestro país: “La buena fe, para el Derecho cubano actual, no sólo es un principio jurídico informador del mismo como sistema, sino también es un elemento por el que se incorporan a la propia base del ordenamiento nacional, y cobran virtualidad, valores como la

<sup>7</sup>Cfr. ALBERTINI WATSON, Luis E., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Popular en materia de doctrina sobre los actos propios”, en *Boletín de la ONBC*, No. 42, Ediciones ONBC, La Habana, diciembre de 2011.

honestidad, la honradez, la confianza, la ética. Pero, por sobre todo, el principio de la buena fe es uno de los pilares sobre los que se apoya, se provee y se trata de garantizar, la seguridad de tráfico jurídico cubano. (...) Es necesario recordar que, como principio jurídico de alcance general, el de la buena fe cumple igualmente varias funciones dentro del ordenamiento jurídico: informadora, interpretativa, como elemento de integración y como fuente del Derecho, principalmente. El principio general de corrección y buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones no contenidas en la ley. Como suele decirse cierra el sistema legislativo, es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las cambiantes circunstancias de la vida social. Fiel expresión de la buena fe es el principio que prohíbe volver sobre los propios actos, cuando la actuación de un sujeto, ha sido motivo suficiente para fundar en ella el nacimiento, modificación o extinción de derechos”.<sup>8</sup>

### **3. La prohibición de ir contra los propios actos (*nemo potest venire contra factum proprium*). Sus presupuestos y requisitos de aplicabilidad**

Luego de los pasos recorridos hasta el momento, corresponde en el presente afrontar un reto quizás mayor, que consiste en determinar los presupuestos y requisitos bajo los cuales procede la aplicación de este principio. Siguiendo criterios coincidentes de la doctrina científica y la jurisprudencia foránea, nos planteamos como presupuestos de aplicación los siguientes:

- a) Una conducta jurídicamente relevante y eficaz, con una significación inequívoca y capaz de generar en los terceros expectativas razonables.
  - Necesariamente referida a una actuación humana.

<sup>8</sup>PRIETO VALDÉS, Martha *et al.*, “Aproximación al estudio de algunos principios generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial”, en *Revista Jurídica*, No. 13 / enero-diciembre 2006, pp. 58, 73, 75, 76.

- Puede darse lo mismo de forma activa que por omisión.
  - Que se manifieste, de forma expresa o tácita.
  - Que el acto sea concluyente e indubitado de tal forma que defina de modo inalterable la situación del que lo realiza.
- b) Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión o posición.
- Si bien la conducta inicial tuvo que acontecer fuera del proceso (conducta pre-procesal), también es cierto que la contradicción con aquella ha de manifestarse dentro de la *litis*, presentándose en cualquiera de las siguientes conductas procesales: el ejercicio de una acción o la oposición de una excepción, reconviniendo o contestando, replicando o duplicando.
- c) Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.
- Requiere la existencia de dos o más manifestaciones de voluntad (conductas), una primera (*factum proprium*) de la cual emana la confianza despertada en el otro sujeto; y la conducta a posteriori que implica una modificación de la primera, en grado tal que defrauda la confianza que aquella generó en los terceros.
  - Que entre ambas exista un razonable plazo de tiempo.
  - Que la actuación ulterior (*factum novum*) implique de algún modo afectación o alteración a los derechos e intereses de aquella persona que

razonablemente había confiado en la apariencia despertada por la primera conducta (*factum proprium*), alterando o modificando en consecuencia su posición jurídica.

d) Que en ambos momentos, conducta anterior y posterior, exista una perfecta identidad de sujetos.

- La mayor parte de la doctrina coincide en que la identidad subjetiva tiene que ser perfecta, coincidiendo en ambos extremos de la relación jurídica (sujeto emisor y sujeto receptor).
- Los actos propios de una persona son transmisibles por vía sucesoria a sus herederos, pues de igual modo estos han de estar y pasar por los actos propios de su causante. Tienen la consideración de actos propios del sucesor a título universal, los actos realizados por su causante.

Toda vez que sobre lo antes esbozado existe bastante unanimidad, tanto la propia jurisprudencia<sup>9</sup> española como otros sectores de la doctrina de Iberoamérica,<sup>10</sup> que han seguido en esencia estas mismas consideraciones, dedicaremos las páginas que siguen a continuación a analizar detalladamente aquel cuya aplicación práctica más dificultades

<sup>9</sup>La Sentencia No. 124/2012 de 6 marzo RJ 2012\5435 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ra), reseña: “... para que resulte aplicable la clásica regla *venire contra factum proprium non valet* –manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC–, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Existencia de una conducta jurídicamente relevante; 2) Que tal conducta tenga una significación inequívoca y sea susceptible de generar en terceros expectativas razonables; 3) Que la conducta posterior sea incompatible con la anterior y defraude las legítimas expectativas creadas”.

<sup>10</sup>Vid. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La doctrina de los actos propios, su alcance, sus presupuestos y sus requisitos de aplicación”, en *Revista Jurídica*, año I, Nro. 5, Editorial Thomson Reuters, Lima, Perú, 28 de enero de 2013, pp. 23 y ss.

ha generado en nuestro país: “La conducta, jurídicamente relevante y eficaz”.<sup>11</sup>

### **3.1. La conducta, jurídicamente relevante y eficaz**

#### **3.1.1. La conducta**

Lo primero que salta a la vista es la diferencia semántica entre “conducta” y “acto”. Esto se relaciona, incluso, con la forma en que del modo más usual se denomina al principio objeto de la presente “*factum proprium*”, lo que en su traducción más literal sería el acto propio, es decir, un único acto, dándonos así una idea inexacta de este primer requisito. Pues la conducta identifica la postura observada por la persona en una determinada relación, y esta puede estar integrada por una pluralidad de actos que se relacionan entre sí por razón de que tributan a un modo general de proceder del individuo. Pero de igual forma la “conducta” no necesariamente requiere de la multiplicidad de actos, sino que puede identificarse con un solo acto, suficiente para determinar la posición de su autor. Por ello en definitiva podremos considerar conducta, tanto aquella que compuesta por un solo acto, como por la que contiene varios o, incluso, aquella conducta que en sí misma no constituye estrictamente un acto jurídico, el elemento decisivo estará en el hecho de que con ella se identifique inequívocamente posición o actitud tomada por el sujeto dentro de esa determinada relación (oferta, promesa, consentimiento, allanamiento, oposición, etc.).

Es asimismo importante acotar que esa “conducta” necesariamente tiene que estar referida a una actuación humana, plenamente distinta de cualquier acontecimiento natural o hecho jurídico; y que esa actuación tiene que ser consciente y voluntaria, ya que de otro modo sería nula o anulable, según el caso. Además de que puede darse lo mismo de forma activa que por omisión, si es cierto que denota una intención el acreedor que entable la acción en reclamo del pago,

<sup>11</sup>Para un análisis integral de todos los presupuestos y requisitos de la aplicación de la prohibición de ir contra los actos propios, *vid.* VALLÍN BORREGO, A., “El principio *venire...*”, *cit.*

también lo es que si ese mismo acreedor no lo reclamase aunque ello conlleve al vencimiento del término de prescripción, denota igualmente una posición, pero en sentido contrario.<sup>12</sup> Por último, se exige que esa conducta o voluntad se manifieste, bien de forma expresa o de forma tácita.<sup>13</sup> Por lo cual la conducta del heredero que pasivamente deja transcurrir los 90 días posteriores a la autorización del título contentivo de la delación o llamamiento hereditario, asumiéndose *ipso iure* su aceptación tácita,<sup>14</sup> ha de considerarse igualmente eficaz que la actitud de aquel que con anterioridad a ese mismo plazo acudió ante notario público e hizo constar su voluntad de aceptar la herencia. Siendo muchos más los posibles ejemplos en los que tiene igual valor y efectos la manifestación de voluntad, ya sea que se realice de manera expresa o tácita, entre ellos pueden citarse: la ratificación del *dominus* a los actos realizados por el gestor sin mandato (artículo 422 del Código Civil cubano); la extensión de la vigencia del contrato que opera por manifestación expresa o en virtud de la tácita reconducción (artículo 392 del Código Civil cubano); la revocación del poder, que puede tener lugar de modo expreso o tácito, en este último caso con la designación de un nuevo apoderado (artículo 414.2 en relación con el 410 del Código Civil cubano). Coincide con esta opinión un caso que nos trae a colación el profesor LÓPEZ MESA: “... también el silencio puede obligar a un sujeto y exigirle luego coherencia con esa pasividad. (...) Denis MAZEAUD comenta un interesantísimo fallo francés en que un acreedor durante casi diez años toleró silenciosamente la inejecución de un contrato, por parte de su deudor, que era a la vez familiar suyo; y luego pretendió bruscamente cambiar de actitud rescindiendo el contrato, lo que fue juzgado contrario a la buena fe por la Casación francesa. En este supuesto la primera

<sup>12</sup> Vid. Código Civil cubano que en su artículo 112 prevé que: “Las acciones civiles prescriben cuando no son ejercitadas dentro de los términos fijados en la ley”.

<sup>13</sup> Vid. Código Civil cubano que en su artículo 49.1 dispone que: “El acto jurídico es una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica”.

<sup>14</sup> Así lo regula el Código Civil cubano en sus artículos 524 y 527.

manifestación de voluntad, que luego se pretende desconocer, no es un acto, sino justamente la ausencia de acción y manifestación de voluntad, la pasividad o inacción, que se contrapone a un brusco cambio posterior”.<sup>15</sup>

### **3.1.2. Relevancia de la conducta**

Ahora bien, para que esa conducta o voluntad tribute a la aplicación de la prohibición del *venire contra factum proprium*, es necesario también que tenga una trascendencia, entendida como la idoneidad de incidir en la otra persona, induciéndole confianza y certeza respecto de la postura que con ella está asumiendo su autor. De modo que esa conducta debe ser capaz de generar en los terceros una idea, una representación, que de conformidad con los usos y las buenas costumbres, normalmente aceptadas en el lugar de que se trate, les conduzca a presumir que con ella su autor está adoptando un determinado e inequívoco comportamiento, o como alguna vez ha dicho el Tribunal Supremo español “ha de causar estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor”. Por lo que únicamente es susceptible de tomarse en cuenta aquella conducta que produce los efectos jurídicos previstos por la ley, no importa si su titular los deseaba o no, lo trascendente es que objetivamente produce esa consecuencia. Recuérdese que lo importante en este caso es la apariencia que objetiva y razonablemente despliega suscitando con ello la confianza de los terceros, que es lo que se intenta proteger mediante la buena fe, y derivado de ella el principio que venimos analizando.

Por lo anterior sería jurídicamente irrelevante toda conducta carente de una verdadera voluntad del sujeto, por ejemplo: siempre que la actuación ha sido bajo violencia o amenaza, caso en el cual lo que existe es una absoluta carencia de voluntad; o cuando la manifestación de voluntad no ha sido

<sup>15</sup> Vid. LÓPEZ MESA, M.J., *La doctrina de los actos...*, cit., p. 12, quien a su vez cita a MAZEAUD, Denis, en su artículo titulado “De l'exigence de cohérence contractuelle en matière de clause résolutoire expresse”, en *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 360.

materialmente efectuada por él, porque en realidad la firma de un determinado documento –significando su aquiescencia en determinado acto– ha sido falsificada; o en los casos de declaraciones carentes de seriedad (*iocandi causa*) según la valoración que medianamente cabe hacer de la misma. Así que, en buena técnica, en todos estos supuestos sencillamente lo que estamos es ante un acto absolutamente nulo, por faltar uno de los elementos esenciales de todo negocio jurídico.

Otro presupuesto es que la conducta resulte concluyente e indubitada, es decir, que no deje lugar a dudas en cuanto a la intención del sujeto, objetivamente apreciada. Así lo ha sentenciado el Alto Foro español: “... los actos propios se fundamentan en la necesidad de proteger la buena fe, la confianza y la estabilidad de las relaciones jurídicas, exigiendo para que su autor quede vinculado frente al sujeto pasivo, que los mismos tengan la solidez y consistencia necesarias para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en términos concluyentes e inequívocos, siendo eficaces para crear, modificar o extinguir algún derecho”.<sup>16</sup> Aun con mayor precisión ha reiterado: “... que el principio de derecho de los actos propios exige para su eficacia: 1) que el acto que se pretende combatir haya sido realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; 2) un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; y 3) que el acto sea concluyente e indubitado de tal forma que defina de modo inalterable la situación del que lo realiza”.<sup>17</sup>

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo español el 6 de octubre de 2006 resuelve un caso donde en mérito de la falta de este requisito les conlleva a los actuantes al pronunciamiento del tenor siguiente: “La doctrina de los propios actos tiene su

<sup>16</sup>Tribunal Supremo de España, Sala 6ta 4/2/88, ponente: MORENO MORENO, en *La Ley* (Esp.), t. 1988-2, p. 228.

<sup>17</sup>Tribunal Supremo de España, Sala 1ra 4/3/85, ponente: PÉREZ GIMENO, en *La Ley* (Esp.), t. 1985-3, p. 763 (6485-R); en igual sentido, *idem*, 16/10/87, ponente: ALBÁCAR LÓPEZ, en *La Ley* (Esp.), t. 1987-4, p. 583 (el resaltado es nuestro).

fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, pero ello exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, esclarecer, modificar o extinguir una determinada situación que afecta jurídicamente a su autor, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, de modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, con el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior (...) por lo que no es de aplicación cuando los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo, o incorrecto o carecen de trascendencia para producir el cambio jurídico”.

### **3.1.2.1. La doctrina de los actos propios vs. efectos vinculantes del negocio jurídico**

No pocos son los casos en que se confunde la doctrina de los actos propios con los efectos del consentimiento o la declaración de voluntad, argumentándose erróneamente decisiones en la primera, cuando lo más acertado resulta haberlo hecho en la obligación de cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) que se deriva directamente de esa declaración negocial con efectos vinculantes. Toda vez que en este caso la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria, es efecto innato que deriva directamente de la de la eficacia misma del negocio. Con gran acierto DíEZ-PICAZO nos advierte de ello: “Para que esta doctrina sea aplicable es necesario, precisamente, que los actos ejecutados no constituyan declaración de voluntad o negocio jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso la sujeción a lo declarado, la vinculación al negocio es un efecto normal de esta figura, sin necesidad de traer a colación el valor de los actos propios”.<sup>18</sup>

Es de significar, que este criterio fue también planteado por otro importante tratadista del calibre de PUIG BRUTAU quien al respecto señaló: “Los actos concluyentes (*facta concludentia*) no pertenecen a la verdadera doctrina de los actos propios. La

<sup>18</sup>DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1963, p. 196.

eficacia de los mismos se mantiene por razón de haber mediado el consentimiento. Cuando la voluntad se manifiesta a través de actos concluyentes, éstos han de ser objeto de valoración como actos derivados de quien, en realidad, es un declarante. La situación jurídica ventajosa que, por adquisición de un derecho o por extinción de una obligación, alguien haya obtenido gracias al consentimiento de otro manifestado por hechos concluyentes, no necesita apoyo en la regla. Si se quiere que este principio tenga consistencia propia y su peculiar ratio de acción, es necesario que se circunscriba a los casos en que sin poder inferirse la existencia de renunciaciones, asentimientos ni de voluntad alguna dirigida a producir el estado que ha de prevalecer, éste se impone, a pesar de ello, para no defraudar la confianza depositada en la apariencia de una situación jurídica resultante de una conducta ajena”.<sup>19</sup>

Resulta muy lógica y acertada precisión técnica de la que nos alertan los maestros españoles, pues tratándose de una declaración negocial o con efectos vinculantes, el principio de sometimiento y obligación de cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*), deviene fundamento de entidad, por sí sola suficiente para impedir que cualquiera de las partes del negocio se desentiendan y vuelvan contra lo convenido, sin necesidad de ir más allá. Que en el caso concreto de Cuba, es cierto que el ordenamiento jurídico civil no prevé la obligatoriedad del contrato, “empero, el *pacta sunt servanda*, se erige como fundamento y razón misma de la concertación de los contratos”.<sup>20</sup> Así lo ha expresado la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular: “... las partes durante la ejecución del contrato tienen que estarse a lo pactado en el Contrato, sin perjuicio del derecho que le asiste de modificar cualquiera de sus cláusulas mediante Suplemento suscrito al efecto por proceder de razones debidamente

<sup>19</sup> PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Editorial Ariel, Barcelona, 1951, pp. 126 y ss.

<sup>20</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Quo vadis Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano)”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año IX, No. 7, Argentina, julio 2007, p. 176.

fundamentadas (...).<sup>21</sup> De igual forma el mismo razonamiento parece haber presidido un reciente fallo de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, que se expresó en los términos siguientes: “con relación a la cuestión puesta a consideración de la Sala merece recordar la máxima por la que se afirma que, cada cual debe sufrir la ley que el mismo se hizo con sus actos o con sus contratos, y por tanto, dado el incumplimiento por la misma, debe asumir la reparación económica del perjuicio causado en el otro”.<sup>22</sup>

En el mismo sentido se volvió a pronunciar nuestro máximo ente judicial hace poco menos de un año: “... intento que realizara E.R.H. con absoluto soslayo de que no hay acción contra el acto propio, siempre que no se trate de un consentimiento negocial vinculante para el sujeto, y sí de posición asumida de buena fe como acontece en el caso, lo que ahora le impide al recurrente enervar su personal manifestación de voluntad con el ánimo de constituir situación jurídica de copropiedad mediante adjudicación hereditaria sobre el inmueble, patrimonio del causante, a favor de ambos litigantes; sin que el hecho concreto del fallecimiento del que fuera cotitular del bien, alcance a enervar su expresa y formal aquiescencia para constituir entonces con el ahora fenecido el condominio, transmisible por vía sucesoria a sus herederos, pues de igual modo estos han de estar y pasar por los actos propios de su causante...”<sup>23</sup>

Sin embargo, no podemos perder de vista otras sentencias dictadas por la Sala de la propia especialidad del Alto Foro, que en contraste con la jurisprudencia anteriormente reseñada, se pronunciara utilizando un razonamiento en el sentido contrario, así tenemos: “... como partícipe del acto y otorgante del instrumento público en cuestión, venía obligada a tenor de

<sup>21</sup>Sentencia No. 100 de 22 de febrero de 2000 (Proceso Ordinario). Segundo Considerando. Ponente: ABAD HERNÁNDEZ.

<sup>22</sup>Sentencia No. 185 dictada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en 31 de mayo de 2012. Ponente: ACOSTA RICART, Marta. Único Considerando.

<sup>23</sup>Sentencia No. 579 de 29 de agosto de 2014. Primer Considerando, dictada en el Expediente sobre Casación Civil No. 619/14. Ponente: VALDÉS ROSABAL, Kenia María. Primer Considerando.

la normativa que rige para tales actos, a cerciorarse no solo de la real existencia del bien que obtendría mediante el intercambio que formalizaba, sino de las condiciones y características del mismo, omisión que inequívocamente ha de ceder en su perjuicio, pues dio lugar con sus propios actos a que se materializara lo que ahora enjuicia, siendo principio general de derecho que contra actos propios no hay acción, elemento que por su connotación, en modo alguno puede ser obviado en la decisión del pleito que nos ocupa...”<sup>24</sup>

En este caso referido a un proceso civil ordinario sobre impugnación de permuta de viviendas, donde la parte actora venía alegando como causal la inexistencia física de la vivienda supuestamente recibida como efecto fisiológico del contrato suscrito, lo que, amén de otras consideraciones sobre la eficacia de la primera conducta, ejemplifica la postura consistente utilizar directamente y a modo de *ratio decidendi* el principio de nuestro interés, en lugar de acudir, en primer lugar, a los efectos *per se* del negocio jurídico vinculante que fue realizado por las partes.

### **3.1.3. Eficacia**

#### **3.1.3.1. Nulidad absoluta**

Hemos llegado, sin lugar a duda, al punto más álgido y controversial de esta investigación, pues como tendremos oportunidad de estudiar a continuación, existen discordancias entre los más conspicuos exponentes de la doctrina, e, incluso, la jurisprudencia también tiene opiniones divididas.

Se exige que la conducta tenga que ser “idónea”, “relevante”, “eficaz”, pues para que se dé la contradicción entre los “actos”,

<sup>24</sup>Sentencia No. 308 de 29 de septiembre de 2008. Primer Considerando, dictada en el Expediente sobre Casación Civil No. 345/08. Ponente: ARREDONDO SUÁREZ, Isabel. Se refiere a un caso de impugnación de permuta de viviendas, donde la parte actora venía alegando como causal de ineficacia la inexistencia física de la vivienda recibida como resultado del contrato suscrito entre las partes, en cuya consecuencia venía denunciando la nulidad negocial.

el primigenio y el posterior, es necesario que ambos tengan trascendencia jurídica, es decir, que produzcan determinados efectos. En tal sentido, ninguno de estos “actos” puede ser nulo de pleno Derecho, porque cualquiera de los actos que adolezca del motivo de ineficacia concreta de que se trate, supone su inaptitud para producir las consecuencias jurídicas previstas para él por el ordenamiento jurídico o por las partes, determinado por la contravención de una norma jurídica de carácter imperativo o por la ausencia de algunos de los requisitos esenciales que deben converger para su validez, debiendo considerarse inexistente,<sup>25</sup> desapareciendo, por ende, la contradicción de la conducta que intenta evitar la prohibición del *venire contra factum proprium*, deviniendo con ello en una teoría estéril e inaplicable al caso sujeto a decisión.

Tal interpretación coincide con la que han hecho prestigiosos juristas iberoamericanos. LÓPEZ MESA subrayó: “si la primera conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico, es decir, fuera antijurídica, o ilícita, o inmoral, no habría posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios (...), el otorgamiento de un primer acto en violación a la normativa no implica un acto propio, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, como inveteradamente exige nuestra jurisprudencia para aplicar la doctrina de los actos propios (...) Dicho en palabras llanas, es indudable que los actos propios ilegales, antijurídicos o inmorales, carecen de efecto vinculante, (...) cuando el primer acto contravino la normativa aplicable”.<sup>26</sup>

En igual sentido se pronunció Díez-Picazo: “La impugnación del negocio ineficaz no queda impedida por la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*. Se viene lícitamente contra un *factum proprium* cuando se pretende la declaración de

<sup>25</sup> Así lo define ALBALADEJO: “El negocio nulo carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial. *Quod nullum est, nullum habet effectum*. La situación jurídica permanece como estaba antes del negocio, y los interesados o cualquiera pueden seguir comportándose, a tenor de ello, como si aquél no existiese”. Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 2002, p. 852.

<sup>26</sup> Vid. LÓPEZ MESA, M.J., *La doctrina de los actos propios...*, cit., p. 13.

ineficacia de un negocio jurídico irregular, cualquiera que sea el tipo de ineficacia con que el ordenamiento jurídico sancione aquella irregularidad. Se viene lícitamente contra los actos propios cuando se ejercita una acción de nulidad o una acción rescisoria”.<sup>27</sup>

Y continúa diciendo: “Los actos propios han de ser jurídicamente eficaces y, si por cualquier circunstancia no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos. Se puede venir contra los propios actos, cuando son inválidos. Así se dice que, cuando el contrato es nulo y ha sido celebrado contra una expresa disposición legal, se puede venir contra los actos propios (...) Ante todo, fracasa enseguida la generalidad de la doctrina de los propios actos. Hay, dentro del ordenamiento jurídico, una serie de hipótesis en las cuales una actuación contraria a la conducta anterior del sujeto, se encuentra no solo permitida sino protegida jurídicamente (...) el grupo más notorio lo forman las acciones de impugnación (...) las acciones rescisorias y de nulidad (...) suponen naturalmente una revocación de actos propios que no queda impedida por el principio en cuestión”.<sup>28</sup>

Criterios doctrinales que han sido ampliamente recepcionados por la jurisprudencia española en sus fallos, así tenemos: “La causa del contrato, aun existente, puede ser ilícita, como contraria al ordenamiento jurídico y nomas que rigen la moral, y esa ilicitud, produce, sin más, la nulidad absoluta del contrato, (...) que puede, incluso, apreciarse de oficio. Cualquiera que haya sido la implicación de la actora en la relación contractual llevada a cabo y ante la gravedad de la simulación absoluta producida, no puede prevalecer la teoría de los actos propios que vinculan al actor”.<sup>29</sup> “El actor invoca la eficacia de los actos propios, que para que lo sean han de existir y ser válidos, capaces para obligar, y en este caso, aparte de que esta situación pudiere ser nueva y como tal rechazable, negada por la Sala la realidad del contrato causal,

<sup>27</sup> DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de..., cit.*, p. 202.

<sup>28</sup> *Idem*, pp. 130 y 201.

<sup>29</sup> STS de 20 de noviembre de 2001.

carecen de virtualidad los actos que no desembocaron en el contrato, con lo cual queda demostrada la improcedencia del recurso”.<sup>30</sup>

Sin embargo, a *contrario sensu*, el más alto foro cubano ha hecho una interpretación diferente, sostenida en disímiles sentencias,<sup>31</sup> veamos a modo de ejemplo el razonamiento en una de las más recientes: “... de conformidad con lo establecido en el artículo sesenta y ocho del Código Civil, el acto jurídico nulo no puede ser convalidado y es impugnabile en todo momento por parte interesada o por el Fiscal; (...) sin embargo, ese derecho de accionar se ve afectado precisamente por haber sido parte en los mismos, manifestando entonces libre y espontáneamente su manifestación de voluntad, contra la que no le es dable volverse; de donde en todo caso, el asunto debió haber conllevado la acción pública ejercida por el Fiscal (...) lo que resulta determinante en la decisión adoptada es el hecho que los inconformes concurrieron ante la fedataria actuante ofreciendo su manifestación de voluntad, relacionada con los diversos actos jurídicos contenidos en Escritura (...), contra lo que no le es lícito volverse, porque la teoría del acto propio tiene como esencia que, así como nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir válidamente contra sus propios actos, y ello porque si bien toda persona es libre de realizar o no un acto, al realizarlo y reconocer algún derecho a favor de tercero surge una relación

<sup>30</sup>Sentencia No. 213, dictada por el Tribunal Supremo español, en 6 de septiembre de 1961.

<sup>31</sup>V.gr., las sentencias siguientes: Sentencia No. 224 de 14 de marzo de 2008, dictada en el Expediente sobre Casación Administrativa No. 233/08, ponente: Andrés R. BOLAÑOS GASSÓ; la Sentencia No. 416 de 31 de mayo de 2006, dictada en el Expediente sobre Casación Administrativa No. 403/06, ponente: Isabel ARREDONDO SUÁREZ; la Sentencia No. 702 de 31 de agosto de 2006, dictada en el Expediente sobre Casación Administrativa No. 712/06, ponente: María CARRASCO CASI; la Sentencia No. 45 de 27 de febrero de 2009, dictada en el Expediente sobre Casación Civil No. 12/09, ponente: Isabel ARREDONDO SUÁREZ.

jurídica entre ambos que no puede después ser arbitrariamente destruida por actos posteriores...”<sup>32</sup>

Amén del respeto por nuestro máximo órgano judicial, varias son las razones que nos obligan a disentir del anterior criterio de la Sala, pues no se trata de seguir ciegamente, cual un dogma sagrado, las opiniones de los anteriormente citados académicos, o de la jurisprudencia española, porque a pesar de la vasta experiencia en el manejo de esta doctrina, bien cabe que pudieren ser ellos quienes estén equivocados, pero lamentablemente existen también otros elementos técnicos que en nuestro criterio vienen a confirmar precisamente lo contrario.

En primer lugar, si se analiza desde la teoría del Derecho, partiendo de las fuentes y la jerarquía entre ellas, resulta que el principio que aquí nos ocupa tiene un valor de fuente material indirecta.<sup>33</sup> Por lo que únicamente resulta aplicable en defecto de ley, siendo entonces contradictorio que a la hora de ponderar cuál resulta la solución legal aplicable al caso, se le confiera preminencia a dicho principio, en detrimento de la regulación que hizo el legislador del Código Civil en su artículo 67; entenderlo así es sinónimo de poner por encima de la previsión legislativa a una fuente subsidiaria o residual como son los principios generales del Derecho. Máxime porque nuestra Carta Magna en su artículo 122 expresamente determinó la sumisión del juzgador a la ley,<sup>34</sup> positivizando con ello el principio de legalidad, que no puede, por ende, ser ignorado.

<sup>32</sup>Sentencia No. 543 de 29 de agosto de 2014, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Popular en el Expediente de Casación Civil No. 546-2014, ponente: Marta ACOSTA RICART.

<sup>33</sup>Así lo reconoció la propia Sala en su Sentencia No. 219 de 31 de marzo de 2008, dictada en el Expediente sobre Casación Civil No. 152/06; coincidiendo con la interpretación doctrinal ofrecida por MATILLA CORREA, Andry, en “Comentarios sobre las fuentes del Derecho Administrativo cubano (excepto el reglamento)” en AA. VV., *Temas de Derecho Administrativo cubano*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 187.

<sup>34</sup>*Vid.* Constitución de la República de Cuba (actualizada hasta la Ley de Reforma Constitucional) que en su artículo 122 dispone: “Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley”.

En segundo lugar, visto sobre la base de las consecuencias el orden sustantivo, también resulta vulnerado lo previsto por el propio Código Civil en su artículo 68, respecto a la imposibilidad de convalidar o sanear el acto nulo de pleno derecho.<sup>35</sup> Sobre ello comentó ALBALADEJO: “La declaración de nulidad puede y debe, incluso, efectuarse de oficio, cuando el juez conoce los hechos que la provocan (...) El negocio nulo no puede convalidarse de ninguna manera. Rige la regla catoniana: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convallescere non potest...*”<sup>36</sup>

Por lo que una decisión judicial, que genere ese efecto saneador, tal cual un poder sobrenatural que se alza sobre la teoría de los elementos esenciales del negocio jurídico y la regulación del legislador del Código Civil, además de no ser ajustada a Derecho, deviene en inmerecido premio –mediante su convalidación–, a la celebración de un negocio irregular, solución en extremo injusta que resulta muy alejada de los principios en que se sustenta el sistema judicial cubano. Lo cual en definitiva hace que resulte inaceptable y obligue a acudir a otras vías en evitación de tan indeseado efecto.

Resulta harto conocido que la Fiscalía tiene, entre otras importantes funciones, la del control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales,<sup>37</sup> así como la legitimación legal para ejercer la acción impugnatoria de cualquier acto nulo,<sup>38</sup> pero: ¿Y si, como ha sucedido, el Tribunal deniega la pretensión del interesado bajo el razonamiento de su participación en el acto cuya nulidad se acusa, y luego de esto no alcanza a ser de conocimiento de la Fiscalía? ¿Para evitar esto el Tribunal tendría la obligación de dar traslado en todos los casos a la

<sup>35</sup>Cuestión igualmente reconocida por la antes citada Sentencia No. 543, dictada por la Sala de lo Civil del TSP el 29 de agosto de 2014, y que coincide con la teoría de la nulidad absoluta, universalmente aceptada.

<sup>36</sup>ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pp. 861 y 865.

<sup>37</sup>Así lo dispuso la Constitución en su artículo 127.

<sup>38</sup>Reconocida por el propio artículo 68 del Código Civil.

Fiscalía? Bien pudiere interpretarse que en virtud del artículo 6 de la Ley No. 82 de 11 de julio de 1997 “Ley de los Tribunales Populares”, ello sí constituye una obligación que inexcusablemente debe cumplimentar el juzgador en cada uno de los casos como el sometido al análisis. Sin embargo, aun y todo, razones de lógica y el principio de economía procesal, nos llevan a confirmar nuevamente que estamos siguiendo el camino equivocado. Pues qué sentido tendría negar la demanda al interesado bajo la motivación que venimos cuestionando, para luego dar traslado al Ministerio Público, hacer que este presente una nueva demanda, que el Tribunal haya de radicarla y transitar por un nuevo proceso, como si no resultaren más que suficientes los que tiene que tramitar normalmente; y que en definitiva al final de todo ello se decida la nulidad del acto jurídico, con iguales efectos que si se hubiere adoptado tal decisión desde el momento en que inicialmente se lo solicitara el interesado.

Además de los cuestionamientos técnicos reseñados, a los que conlleva la postura que en este sentido ha seguido nuestro Tribunal Supremo, y de la palmaria contradicción con la doctrina patria e internacional más autorizada sobre esta temática, resulta evidente que, en el mejor de los casos, solamente conduciría al mismo resultado que pretende evitar, pero con mayor gasto de recursos y una innecesaria pérdida de tiempo.

La única excepción a lo anterior que me parece admisible es la regulada por el propio Código Civil en el apartado segundo de su artículo 68, que prohíbe expresamente a las personas capaces, ejercitar la acción de nulidad alegando la incapacidad de aquellos con quienes realizaron un acto jurídico. En este supuesto sí debe denegarse la pretensión impugnatoria, pero no al amparo del principio general de la buena fe, ni de la prohibición de ir contra los actos propios, sino de la propia regulación del Código Civil, que en tanto ley aprobada por el parlamento, deviene indiscutiblemente en primerísima fuente material del ordenamiento jurídico cubano.

### **3.1.3.2. Nulidad relativa (anulabilidad)**

Cuando para referirse al presupuesto de la conducta vinculante son utilizados en sentido negativo los términos más

generales de la teoría de la eficacia del negocio jurídico “ineficaces”, “inválidos”, “inexistentes”, y luego se refiere concretamente a la nulidad absoluta, enseguida nos asalta la duda: ¿Será que se pretende transmitir la idea que quedan fuera los actos viciados de nulidad relativa?

Si partimos de la definición que al respecto hiciere el profesor ALBALADEJO: “El negocio anulable (también llamado impugnabile), es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos. Se trata de un negocio provisionalmente válido (...) que, por tanto, modifica la situación jurídica preexistente (por ejemplo, en la compraventa anulable, habiendo efectos de compraventa, el vendedor adquiere derecho a la cosa, y el comprador al precio), pero cuya nulidad está pendiente de la voluntad del titular (...) En conclusión, el negocio anulable: mientras no sea firme la resolución judicial que declare su anulación, es un negocio válido”.<sup>39</sup> Hemos de concluir que, al menos, visto de modo general, los actos viciados de nulidad relativa resultan, en principio, igualmente no aptos para dar lugar a permitir la aplicación de la prohibición del *venire contra factum proprium*. Porque si bien son provisionalmente válidos, mientras no se convaliden, y hasta tanto no se decrete su efectiva anulación en virtud de pronunciamiento del tribunal competente, también es cierto que la posibilidad de aplicar el mencionado principio es eminentemente procesal, es decir, ello solo puede acontecer dentro del proceso, y asimismo por su valor de fuente residual o indirecta, sobre aquel ha de primar la aplicación de la regulación legislativa de la anulabilidad contenida en el Código Civil (la ley), lo que determinaría la destrucción de la eficacia del acto inicial, y con ello la ausencia de contradicción o incoherencia que prohíbe e intenta evitar la doctrina de nuestro estudio. Coincide con esta interpretación lo planteado por FUEYO LANERI, quien

<sup>39</sup>ALBALADEJO, M., *Derecho Civil...*, cit., tomo I, pp. 868-869.

expresa que “el acto propio debe ser, en principio, válido. Declarada judicialmente la ineficacia, no producirá consecuencias hacia el futuro, y los efectos producidos quedarán sin valor por aplicación del principio de la retroactividad. Consecuente con lo anterior, no podrá formarse un acto propio, ni podrá considerársele como tal, a partir de su nulidad declarada judicialmente”.<sup>40</sup>

Se ha dicho –con razón– que los actos viciados de nulidad relativa tienen una eficacia claudicante, en tanto ellos tienen *ab initio*, pero provisionalmente, una aptitud o idoneidad para desplegar los efectos previstos en la ley o en los acuerdos de las partes; y el que resulten privados o no de esa eficacia, en todo caso dependerá del poder que ostenta la persona legítimamente afectada, quien habrá de decidir mediante el uso o no de la acción impugnatoria con que le protege el legislador, si el acto va a ser o no válido. De manera que el ejercicio de dicha acción determinará que el negocio sea entonces declarado nulo, pudiendo en caso contrario sanear este mediante su consentimiento o también mediante la conducta pasiva que consistirá en aguardar meramente el paso del tiempo hasta que legalmente se considere prescrito el plazo para promover la acción, y en su consecuencia el acto quede igualmente convalidado. De ahí que tengamos que plantearnos la interrogante siguiente: ¿Y en aquellos casos donde el acto anulable ha sido convalidado por la conducta (activa o pasiva) del sujeto perjudicado, resulta igualmente inaplicable la prohibición del *venire contra factum proprium*?

Pues, cuando con posterioridad a la concertación del acto viciado de nulidad relativa, la parte afectada por esta, de modo expreso o tácito, hace constar su voluntad a favor de que aquel prevalezca, ratificándolo, se entiende que ha quedado convalidado o saneado, lo cual determina

<sup>40</sup>FUEYO LANERI, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990, p. 311; a su vez citado por LÓPEZ MESA, M.J., *La doctrina de los actos...*, cit., p. 10.

precisamente la desaparición de cualquier vestigio que pudiere ensombrecer la regularidad del mismo, que en adelante será considerado plenamente válido y eficaz. También puede ocurrir que la convalidación acontezca en virtud de la llamada “prescripción sanatoria”, es decir, del no ejercicio de la acción impugnatoria dentro del plazo de prescripción regulado por la ley. En cualquiera de los casos, bien sea por ratificación o por el mero vencimiento del plazo para accionar, deviene en plenamente válido y oponible *erga omnes*, así como en “*factum proprium*” que constituye conducta eficaz e impone a su autor un deber de lealtad y coherencia en lo sucesivo, por lo cual le resulta perfectamente aplicable la prohibición de volverse contra ella.

Un supuesto particular de nulidad relativa, muy polémico en la doctrina, es el del error, ya que unos se pronuncian por no aplicar en tal caso la doctrina de los actos propios en mérito a la ineficacia que ello supone y que impide que tal conducta se considere como relevante y eficaz; mientras que otro sector opina lo contrario, basándose en que lo que se protege es la apariencia y la confianza que se ha despertado en los terceros objetivamente, por ello deviene intrascendente que el comportamiento del sujeto estuviere o no influenciado por el error. Aunque con algunas reservas DíEZ-PICAZO se afilia a esta última postura, lo cual se evidencia en su afirmación: “Esta protección objetiva de la confianza del tercero, conduce a negar por regla general relevancia al error”.<sup>41</sup> Por nuestra parte, coincidimos con LÓPEZ MESA, cuando nos dice: “El respeto reverencial que se tiene por el maestro DíEZ-PICAZO ha hecho que, en general, no se analice críticamente su postura y se la acepte *in totum* y sin beneficio de inventario (...) creemos que es este uno de los aspectos en que no es conveniente seguir al maestro de Madrid. (...) Entendemos que la existencia de un vicio de la voluntad de cierta significación en el primer actuar impide la aplicación de esta doctrina (...) No cabe aplicar la doctrina de los actos propios a actos viciados

<sup>41</sup>DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de...*, *cit.*, p. 211.

por vicios sustanciales relevantes. Uno de ellos es el vicio de error, cuando afecta al acto en los términos previstos por el ordenamiento, para permitir la alegación exitosa del error. Una doctrina pretoriana, como la de los actos propios, no puede enmendar al Código Civil, ni derogar implícitamente capítulos enteros suyos”.<sup>42</sup>

#### **4. A modo de conclusiones**

1. Existe consenso, doctrinal y jurisprudencial, en admitir que la prohibición de ir contra los propios actos, es un principio general del Derecho, que aunque directamente derivado de la buena fe, tiene autonomía propia. Razón por la que se le atribuye valor de fuente material e indirecta (supletoria), que para su invocación o aplicación por los operadores jurídicos a un caso concreto dado, requiere que: no exista ley aplicable al caso, siendo necesario acudir a una fuente supletoria para salvar esa laguna del ordenamiento jurídico; que no exista contradicción del principio respecto a la ley y que aquel sea susceptible de aplicación al caso concreto.
2. La doctrina iberoamericana y el Derecho Comparado coinciden en establecer como presupuestos generales para la aplicación de la prohibición de ir contra los actos propios, los siguientes:
  - Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta, jurídicamente relevante y eficaz.
  - Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.
  - Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según

<sup>42</sup> LÓPEZ MESA, M.J., *La doctrina de los actos...*, cit., pp. 10 y 29.

el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

- Que en ambos momentos, conducta anterior y posterior, exista una perfecta identidad de sujetos.
3. Es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, que la actuación precedente (*factum proprium*) tiene que ser jurídicamente relevante y eficaz, por lo que el acto viciado de nulidad absoluta jamás podrá dar lugar a la aplicación de este principio. Tendrá prioridad la regulación de la nulidad prevista por el Código Civil, que implica la consiguiente desaparición de la conducta vinculante y, por ende, de la contradicción que se pretende evitar. Asimismo, los actos viciados de nulidad relativa resultan igualmente no aptos para dar lugar a la aplicación de la prohibición del *venire contra factum proprium*, salvo si con posterioridad aconteciere su convalidación.
  4. La naturaleza, presupuestos y rasgos de la prohibición de ir contra los actos propios, no están precisados en el ordenamiento cubano, que tampoco cuenta con regulación positiva del sistema de fuentes legales y su jerarquía, ya que únicamente la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del máximo Foro, se ha pronunciado acerca del valor de fuente material e indirecta (supletoria) de los principios generales de Derecho. Reiterándose, en los casos donde se acusa la nulidad absoluta del acto preexistente (*factum proprium*), una práctica jurisprudencial en contrario, pues se ha aplicado preeminentemente el principio del *venire contra factum proprium nulli conceditur*. Lo que implica invertir el propio sistema de fuentes legales previamente admitido, obviar el sistema de nulidades de la norma sustantiva civil y contradecir los presupuestos de este principio determinados por la doctrina y el Derecho Comparado.
  5. La prohibición de ir contra los actos propios no es absoluta, tiene límites precisos, y debe ceder sin vacilación alguna ante un grupo de variadas situaciones: cuando exista una solución legal que debe aplicarse con carácter preeminente; siempre que se tratan intereses de menores u otros de orden público o que de cualquier manera resultan de

naturaleza indisponible para los sujetos; en todos los casos donde el propio legislador expresamente autorizara la conducta contradictoria, por considerar que no afecta la buena fe, o simplemente intenta proteger intereses superiores, *verbi gratia*: la revocación del testamento, la revocación del mandante o la renuncia del mandatario, y la rescisión de la donación por el donante –artículos 479; 409, incisos a) y b); y 378, inciso b)–, todos del Código Civil cubano.

# La responsabilidad civil del notario\*

Recibido el 2 de febrero de 2016  
Aprobado el 30 de marzo de 2016

**Dr. Rafael ROSELLÓ MANZANO**

*Profesor Auxiliar de Derecho Civil  
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana  
Notario de La Habana*

## RESUMEN

*El artículo trata sobre la responsabilidad civil del notario desde una visión sistemática. En una primera parte, se discute el tema de la naturaleza pública o privada de la función notarial y las consecuencias prácticas de una u otra posición en materia de responsabilidad civil. En un segundo momento, se trata acerca de la aplicación de las categorías fundamentales de la responsabilidad civil a la actividad notarial, que incluye cuestiones tan complejas como el juicio de identidad, el juicio de capacidad, el deber de confidencialidad y la confección del instrumento público.*

## PALABRAS CLAVES

*Notario, responsabilidad civil, responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva.*

## ABSTRACT

*The article deals with the liability of the notary public, from a systematic view. In the first part, the issue of public or private nature of the notary function and the practical consequences of either position on liability is discussed. The following parts are*

\* Coincide fundamentalmente con la conferencia que tuve el honor de impartir en el contexto del III Curso de actualización y convivencia regional notarial, realizada por el Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, en el pueblo mágico de Mazamitla, los días 6 y 7 de noviembre de 2015.

*about implementing the fundamental categories of liability in the notarial activity, including such complex issues as the judgment of identity, judgment of capacity, the duty of confidentiality and the elaboration of public instruments.*

## **KEY WORDS**

*Notary, liability, strict liability, negligence.*

## **SUMARIO:**

**1. Introducción. 2. La responsabilidad civil del profesional. 3. El concepto de notario y su trascendencia a la responsabilidad civil. 4. Elementos de la responsabilidad civil del notario. 5. El contenido de la función notarial desde el prisma de la responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual. Criterios de imputación. 5.1. Responsabilidad contractual y extracontractual. 5.2. Criterios de imputación. Obligaciones de medios y de resultados. 6. Conclusiones.**

### **1. Introducción**

Siempre que se trata el tema de la responsabilidad civil del profesional es inevitable que surjan opiniones diversas entre los que en él tienen interés. El espectro de reacciones va desde la más viva aprobación por los usuarios o clientes del servicio profesional, hasta la suspicacia y el rechazo de las personas que realizan la actividad pasible de generar daños. Lo cierto es que el responder por los propios actos, y aun a veces por los de otros respecto de los que tenemos deberes de vigilancia, selección y cuidado, se revela como un ingrediente imprescindible de la vida social. Exigimos continuamente como individuos mayor libertad y este reclamo legítimo tiene como correlato necesario una mayor responsabilidad. Nuestra forma de estar en la sociedad, de relacionarnos con nuestros iguales, implica también en ocasiones el deber de indemnizar los daños que nuestro actuar cause.

En el caso del notario, profesión jurídica que goza del respeto que sus practicantes han sabido cimentar desde antiguo, la responsabilidad es ingrediente necesario del ejercicio de la

función pública que desempeñamos por delegación del Estado. La importancia de las normas sobre responsabilidad civil es triple: desde la óptica de la víctima, cumple la función de indemnizar a la persona que sufre los daños causados por la actividad profesional del notario; desde el punto de vista del notario, contribuye a perfilar el contenido de su función y su ámbito de libertad en el ejercicio de la profesión; por el lado del interés general o público, constituye un acicate extra para el comportamiento íntegro y diligente del notario, pieza fundamental en el engranaje jurídico de la sociedad.

## **2. La responsabilidad civil del profesional**

La responsabilidad civil en general y la del profesional en particular, han experimentado un auge extraordinario en las sociedades contemporáneas. Los fundamentos de dicha expansión se inscriben en el contexto más amplio del desarrollo del Derecho de daños, y responden a varias realidades sociales y económicas innegables:

- a) En primer lugar, las relaciones entre los profesionales y los clientes ya no discurren por los antiguos esquemas de superioridad-subordinación que personificaba como nadie el médico de cabecera, cuyo criterio, diligencia y competencia profesionales nadie osaba cuestionar. Aquel modelo paternalista que, como dijimos, se expresó en la profesión médica como en ninguna, podía ser aplicado *mutatis mutandi* a la mayoría de las actividades profesionales, significativamente a las liberales cuyo ejercicio era considerado de antiguo una forma de arte: la medicina, el derecho y la arquitectura. Como resultado de un largo proceso de toma de conciencia y de dignificación del individuo y sus derechos fundamentales, unido a la elevación del contrato, junto a la propiedad, a categoría principalísima de los sistemas jurídicos, el vínculo entre profesionales y clientes se produce hoy casi siempre en el marco de una relación contractual entre personas situadas en un plano de igualdad (al menos desde el punto de vista formal). Los conocimientos especializados no generan ya más que una obligación de actuación diligente entre cuyos componentes fundamentales están, como veremos, el deber de información como base del asentimiento que el

cliente necesariamente debe emitir como signo de conformidad con el curso de actuación profesional que se somete a su consideración.

- b) A lo anteriormente dicho sobre las nuevas relaciones entre los profesionales y sus clientes, se conecta de forma coherente el hecho de que los últimos estén cada vez más conscientes de sus derechos, especialmente de su concreto derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes inherentes a la actividad profesional. Esta conciencia de los propios derechos subjetivos y de la posibilidad de reclamar la correspondiente indemnización cuando son violados, conectada estrechamente con el derecho constitucional a accionar en el sentido abstracto de poner en marcha la maquinaria de la justicia, se acompaña del surgimiento del principio *pro damnato* o *favor victimae*, que se traduce en la protección de la víctima del daño mediante herramientas legales y jurisprudenciales que facilitan las indemnizaciones.

Son muy conocidas las tendencias de objetivación de la responsabilidad, de inversión de la carga de la prueba de la diligencia, y otros paliativos que erosionaron el rigor culpabilístico y las reglas probatorias tradicionales que pesaban sobre la víctima demandante.

En materia de responsabilidad civil profesional, es fácil dejarse llevar por la tendencia, a veces engañosa, de que el conocimiento especializado de la parte que presta el servicio hace del cliente una especie de débil jurídico susceptible de ser engañado y al que es necesario proteger, pero esta idea debe ser ponderada con la de que no son pocos los casos en los que el éste es mucho más solvente y poderoso que su contraparte: nuestro “débil” cliente puede ser, por ejemplo, un banco, o una empresa multinacional.

- c) El panorama profesional, por su parte, también ha cambiado. Con el desarrollo social, económico y tecnológico han surgido nuevas profesiones y se ha complejizado y diversificado el riesgo en el ejercicio de las más antiguas. Esta diversificación trae como consecuencia inevitable un aumento de los riesgos potenciales y con ellos, de la

actividad aseguradora. Ante la necesidad consustancial a la función indemnizatoria del Derecho de daños, de encontrar un demandado solvente a cargo de cuyo patrimonio corra la reparación, el seguro de responsabilidad civil se ha convertido de opción en imperativo para el ejercicio de determinadas profesiones.

Sin embargo, en este panorama de cambios hay una realidad que permanece: la responsabilidad civil del profesional, aun con sus particularidades, no es una especie aparte y sus elementos son los de cualquier supuesto de responsabilidad. Para determinar su existencia, los esfuerzos probatorios de las partes, según el reparto concreto que se haga de las cargas al respecto, deberán girar, como es usual, alrededor de la acción u omisión ilícita o antijurídica, el daño y su entidad, y el nexo causal entre los dos elementos anteriores. Cuando corresponda, habrá de probarse también la culpa o negligencia como criterio de imputación que como se verá es usual en esta sede.

### **3. El concepto de notario y su trascendencia a la responsabilidad civil**

Con el propósito de determinar el régimen legal aplicable a la responsabilidad civil del notario, es esencial determinar la naturaleza jurídica de su actividad profesional. La controversia ha girado desde siempre sobre la concepción del notario como funcionario público o no, y su mayor o menor independencia de la administración pública en el ejercicio de sus funciones. Como es fácil entender, su grado de dependencia o integración a la administración pública, lo hará responsable por los propios hechos, a la manera de las profesiones liberales, en un extremo, o bien será posible, en el otro, demandar a dicha administración para que indemnice los daños causados por el notario, en tanto funcionario, en la realización de su actividad.

La discusión acerca de la condición de funcionario público del notario, que no es ni mucho menos un asunto estéril, sino que de su solución deriva un grupo importante de efectos jurídicos, entre los que se encuentra el régimen de responsabilidad civil, depende en buena medida del ordenamiento jurídico de cada país y de cómo se diseña desde la ley el ejercicio de la función

notarial. Con BLANQUER UBEROS<sup>1</sup> y con VILLALBA,<sup>2</sup> se pueden agrupar los países teniendo en cuenta las características y funciones del notario en una conocida clasificación que se sintetiza de la siguiente manera:

- a) El *notary public* (EE. UU. y Gran Bretaña, fundamentalmente), en donde el notario no es necesariamente un profesional del Derecho y su número es ilimitado, sin sujeción a competencia territorial. Su habilitación es temporal y pasa por un examen al efecto.
- b) El funcionario estatal, que puede ser adscrito al sistema de tribunales (notario judicial) (Andorra, Dinamarca) y la del notario funcionario administrativo (Rusia y Cuba). Se trata de profesionales del Derecho que la administración pública designa o nombra luego de un concurso de oposición y son pagados por el Estado.
- c) El notario profesional investido de una función pública (España, Italia, Francia, México y la gran mayoría de los países de América Latina). También en estos casos estamos ante un profesional del Derecho que desempeña privadamente una función pública por delegación del Estado.

No hay contradicción, sin embargo, en la defensa de la independencia del notario como profesional liberal cualificado (sometido en su actividad, eso sí, al control estatal mediante los mecanismos oportunos) y la argumentación a favor de la función pública que desempeña. En este sentido advierte PÉREZ GALLARDO<sup>3</sup> que el debate está en buena medida

<sup>1</sup>BLANQUER UBEROS, Roberto, "Sistemas notariales", en *Derecho Notarial*, tomo I, de PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 275 y ss.

<sup>2</sup>VILLALBA WELSCH, Alberto, "El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional", en *Revista del Notariado*, año XLIII-1945, número 529, Buenos Aires, pp. 608 y ss.

<sup>3</sup>PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El notario: función de autoridad pública", en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *La función del notario. Estudios varios de Derecho Notarial*, Editorial Gaceta Notarial, Lima, 2015, pp. 25 y ss.

zanjado a favor de la unidad indivisible entre la función pública y privada del notario, si bien la primera tiene preeminencia, de lo que se derivan los efectos que se conectan con la actividad notarial. En palabras del profesor citado, “por esta razón (se refiere a la primacía del elemento público en la función notarial), el notario puede imprimirle autenticidad y legalidad a los actos y los hechos en los cuales interviene, y le viene impuesto incluso el deber de custodia y conservación de los documentos públicos notariales que autoriza”.

Incluso en los países en los que estamos ante el notario como profesional del Derecho, que ejerce privadamente su función, dicha función es un servicio público. El notario, aunque no sea funcionario público, es una autoridad, un particular que ejerce una función pública en desarrollo del principio de descentralización por colaboración.

Por razones obvias, nos interesa el tratamiento de la responsabilidad civil del notario cuando este es funcionario estatal, caso de Cuba, o cuando se trata de un profesional que ejerce privadamente la función pública, caso de México.

En el caso cubano, varias son las notas que caracterizan el ejercicio de la función notarial y que importan a los fines de establecer su régimen de responsabilidad civil. El notario en Cuba es un funcionario público por disposición expresa del artículo 1 de la Ley No. 50/1984 cuyo *nomen* “de las Notarías Estatales” es elocuente para caracterizar un sistema notarial integrado plenamente a la actividad estatal, en el cual el ejercicio privado no es posible. El notario habilitado mediante concurso de oposición es nombrado por el Ministerio de Justicia, quien también crea las unidades notariales, contrata al personal auxiliar que en ellas trabaja y es acreedor del arancel notarial resultado de la actividad del notario, al que paga un salario como resultado de la relación laboral que con él mantiene (salvo el caso de los docentes universitarios habilitados y nombrados como notarios, que ejercen sus funciones *ad honorem*). El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección de Notarías y a los diferentes niveles territoriales y jerárquicos de organización, controla técnica-, normativa- y metodológicamente la actividad del notario (*cf.* artículo 166 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales,

Resolución No. 70/1992). Sin embargo, existe libertad casi absoluta para las personas en la elección del notario, excepción hecha de determinados actos, como la compraventa de vivienda, reservados solo a la competencia del notario del municipio donde está enclavado el inmueble, o de las circunstancias personales de algunos comparecientes cuya ciudadanía o estatus migratorio hacen que sean atendidos en notarías específicas. También de notarías específicas es la actividad notarial relacionada con el Derecho Mercantil y Societario. El contrato de prestación de los servicios notariales se perfecciona, en congruencia con lo dicho hasta aquí, con la Administración, por lo que claramente es esta la responsable por los daños que en el ejercicio de la función notarial se causen: los de naturaleza contractual y los extracontractuales.

Como afirma gráficamente PARADA: "... tanto en el caso de la responsabilidad administrativa como de la responsabilidad civil de la Administración, la imputación a ésta se produce a través de las personas físicas que actúan en su nombre (...) bastando la simple circunstancia de que el agente en cuestión este por uno u otro título, inserto en la organización administrativa, para que a aquella se imputen los daños originados por el agente. (...) Por falta de esa integración no es posible que la imputación de la responsabilidad de la administración se produzca en el supuesto de los profesionales libres, como los notarios (se refiere aquí el autor al notariado español de tipo latino) o los corredores de comercio, ejercientes a título privado de funciones públicas".<sup>4</sup> Siguiendo la lógica de este razonamiento, es precisamente la integración en la Administración del notario en países como Cuba, la que la hace responsable de los daños que aquel cause en el ejercicio de sus funciones, al amparo del artículo 96 del Código Civil de 1987 y del 26 de la Constitución de la República de 1976. La Administración Pública será responsable también, ahora de forma directa y por sus propios actos, de los daños que tengan su causa (o concausa) en el deficiente control y fiscalización de la actividad del notario, o en un proceso de selección poco riguroso que

<sup>4</sup>PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General*, 4ta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 610.

abra la puerta del ejercicio notarial a personas profesionalmente poco capaces o con pobres cualidades humanas. El notario, por su parte, solo será responsable en vía de regreso, por aplicación analógica del artículo 95, apartado primero, y solo cuando se demuestre que ha sido negligente.

Por el contrario, en los casos de ejercicio del notariado como profesional liberal depositario de una función pública, el notario no representa al Estado, sino que actúa en su nombre y por su cuenta, elige el inmueble de su notaría, organiza sus horarios (*cf.* artículo 40 de la Ley del Notariado del Estado de Jalisco, en lo adelante LNEJ), contrata y retribuye a su personal auxiliar. Si bien los aranceles a cobrar por su actuación son administrativamente fijados, es el notario el que los percibe, por lo que es independiente y autónomo del Estado y no recibe retribución de este. En tal contexto es lógico que su responsabilidad por los daños que cause en el ejercicio de su función, aunque esta sea de naturaleza pública, sea personal, por sus propios actos, tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Una buena síntesis de esta idea la ofrece la dicción literal del artículo 5 de la LNEJ: *“el notario tendrá plena autonomía e independencia en cuanto a su actividad, la que realizará bajo su responsabilidad...”*. Dicha responsabilidad personal por los propios actos se mantiene incluso cuando se ha perfeccionado un convenio de asociación notarial, como explícitamente regula el artículo 50 de la Ley Notarial tantas veces mencionada.

#### **4. Elementos de la responsabilidad civil del notario**

Como ya hemos apuntado, los elementos o requisitos que tienen que estar presentes para que se configure la responsabilidad civil del notario no tienen nada de particular respecto del esquema general: se precisa de una acción u omisión y un daño conectado a dicha acción u omisión por un nexo causal.

En cuanto al primer requisito, queda claro que el notario, tanto en el ámbito contractual como extracontractual, puede causar daños por su acción (pensemos, por ejemplo, en un asesoramiento incorrecto de las partes que resulta en la realización de un negocio jurídico que les perjudica al no

obtener con él los fines deseados), pero también por omisión (al no autorizar el documento público, o no expedir las copias dentro del término establecido, dando al traste con el negocio proyectado por las partes, u omitiendo una advertencia sobre la aplicabilidad al acto de una norma imperativa que pueda cambiar la voluntad de las partes de realizarlo). Es bueno recordar aquí que para que la omisión merezca, desde la óptica de la responsabilidad civil, el concepto de “causa” del daño se requiere, en primer lugar, que con verosimilitud rayana en seguridad se hubiese evitado el daño de haberse realizado la acción omitida. Por otro lado, es necesario que para evitar el resultado hubiese un deber jurídico de obrar para prevenir o evitar el daño, teniendo en cuenta la finalidad protectora de la norma que obliga a actuar al demandado. Es fácil ver cómo estos requisitos se aplican en sede notarial: en el caso contractual no caben dudas, pues la existencia del contrato de prestación de servicios impone al notario un deber jurídico de prestación, correlativo con el derecho subjetivo de crédito del requirente, por lo que la omisión se revela como incumplimiento generador de responsabilidad. En el ámbito extracontractual, la respuesta debe ser encontrada en las funciones del notario no solo frente a sus clientes, sino también frente a terceros como depositario de la fe pública. Las cuestiones acerca de si a la conducta del notario debe acompañarle la nota de la negligencia como criterio de imputación para que se configure la responsabilidad, se abordarán en el acápite siguiente.

En lo referido al daño, en líneas generales se entiende que para configurarse debemos estar en presencia de un perjuicio o menoscabo que recaiga sobre los bienes jurídicos de la persona y que sea susceptible de resarcimiento. El concepto amplio debe incluir el daño emergente y el lucro cesante. Es claro que la actividad notarial puede generar daños de carácter patrimonial, pero también los de tipo moral, dada la diversidad de intereses y bienes jurídicos, patrimoniales y de la personalidad sobre los que versan sus funciones y que los requirentes someten a su actuación. Es válido pensar en el notario que autoriza una escritura pública sobre contrato de compraventa de un inmueble sobre el que pesa una carga o gravamen que disminuye sensiblemente su valor, sin ponerlo en conocimiento del comprador, causando un daño patrimonial. Pero también en el notario que expide

indebidamente una copia de un testamento de una persona viva (*cf.* artículo 42, Ley del Notariado del Estado de Jalisco, y artículos 130 y 131 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales cubana) a un pariente que no tiene derecho o interés legítimo, causando disfunción y sufrimiento en la familia y en el testador, o en el que viola el deber de confidencialidad haciendo públicos datos que conoce por motivo de su actividad profesional y lesionan el honor de su cliente.

El tema del nexo causal tampoco tiene reglas particulares en el caso de la responsabilidad del notario. Debe entenderse aplicable la teoría de la equivalencia de las condiciones (test de la *conditio sine qua non*), con sus conocidas limitantes, que han sido corregidas en parte con criterios de imputación objetiva, como el de la causalidad adecuada, el cual, como se sabe, postula la necesidad de determinar si la conducta del individuo es apropiada para producir un resultado dañoso, es decir, si la concurrencia del daño era de esperar según el curso normal de los acontecimientos. Como es evidente, tienen espacio también en los casos de responsabilidad civil del notario, los dilemas y soluciones propios de la causalidad múltiple (*cf.* artículo 87 del Código Civil cubano), alternativa e indeterminada, así como los relativos a la interrupción del nexo causal por intervención de terceros, culpa exclusiva de la víctima o perjudicado, o por caso fortuito o fuerza mayor.

## **5. El contenido de la función notarial desde el prisma de la responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual. Criterios de imputación**

Después de haber despejado el ámbito de los sujetos, o dicho de otra manera, cuándo el notario responde de sus propios actos dañosos y cuándo responde el Estado, según el sistema notarial en uso, y abordado el tema de los requisitos de la responsabilidad, la pregunta más importante que cabe hacerse es cuáles son las funciones que el notario desempeña, en cuyo marco puede causar daño, y en qué circunstancias tienen lugar.

Haciendo uso de algunas de las categorías corrientes en el estudio de la responsabilidad civil, debe establecerse si la responsabilidad del notario (o del Estado por los hechos del notario, según sea el caso) es contractual o extracontractual; y

si, según el criterio de imputación aplicable, estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, o por culpa. Para abordar esta última cuestión es relevante también determinar si las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios<sup>5</sup> notariales (o si se prefiere, arrendamiento de servicios o locación de obra intelectual), son de medios o de resultados.

### 5.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

Con respecto al primero de los problemas, el ámbito en que se desenvuelven las múltiples actividades del notario en el ejercicio de su función y los efectos que estas tienen para los requirentes de sus servicios y los terceros hacen que no haya dudas de que su responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. Se ha argumentado que la responsabilidad del notario es siempre extracontractual, teniendo en cuenta que debe prestar sus servicios obligatoriamente, salvo que medie justa causa de abstención (*cf.* artículo 34 de la LNEJ), con lo que se desvirtúa la naturaleza contractual del vínculo entre requirente y notario.<sup>6</sup> Esta idea debe, sin embargo, ser analizada a la luz de las particularidades de la función notarial: su faz pública, de la que derivan los efectos legitimadores de su actuar, tiene como consecuencia necesaria una limitación de su libertad contractual. El hecho de cumplir una función pública, incluso en los casos en los cuales lo haga de forma

<sup>5</sup>Usamos la terminología del Código Civil cubano de 1987, que en palabras de Vicente RAPA (las que a nuestro juicio tienen el valor de una interpretación auténtica del Código, en su carácter de legislador, y son lo más parecido a una exposición de motivos que se puede encontrar), “al regular el contrato de arrendamiento, sólo reconoce como objetos de éste a los bienes, por lo que han quedado abolidos (*sic*) los antiguos arrendamientos de servicios y de obras que reconocía el Código derogado” (se refiere, naturalmente, al Código Civil español). RAPA ÁLVAREZ, Vicente, *Manual de obligaciones y contratos*, tomo II, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 79. En otro lugar de la misma obra (pp. 76 y 77) refiere que la diferenciación entre los distintos tipos de arrendamiento y la regulación por separado del contrato de servicios, tienen su inspiración legislativa en “los códigos modernos de Alemania y Suiza”.

<sup>6</sup>*Vid.* ÁLVAREZ SÁNCHEZ, José Ignacio, “La responsabilidad civil profesional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2003, p.108.

privada e independiente, motivan que no pueda negar de forma injustificada sus servicios a los que lo requieran, máxime cuando por razones, como la competencia por razón del territorio o la materia, o por cualesquiera circunstancias, es el único con posibilidades de prestarlos (pensemos, por ejemplo, en la autorización del testamento de una persona en inminente peligro de muerte, caso en el cual, incluso las reglas de la competencia territorial, pago de aranceles y horarios de servicio se relativizan; *cf.* artículo 11, incisos a y c, Ley de las Notarías Estatales cubana, en lo adelante LNE, y artículo 38, numerales 3 y 4, de la Ley Notarial del Estado de Jalisco). Sin embargo, aunque el notario no puede elegir si contrata, en ausencia de causa que lo justifique de actuar, para los requirentes funciona, salvo excepciones de nota, el principio de libre elección del notario. La obligación de ejercer su ministerio, y más aún, la determinación en ley de las funciones notariales y de los aranceles, que son en definitiva la sustancia del contenido del contrato, no desfiguran la existencia de una prestación de servicios de naturaleza contractual.

También de naturaleza contractual es la responsabilidad del notario por los daños que cause a las partes del instrumento público, aun respecto de la que no requirió directamente su actuación y terminó aceptando la elección notarial que realizó la otra parte. La naturaleza del vínculo establecido entre las partes del instrumento público y el notario es de aquellas que nos recuerda que la responsabilidad civil contractual no surge exclusivamente del incumplimiento de un contrato, sino que existen relaciones jurídicas que extienden este régimen, incluso, a la parte del acto jurídico instrumentado que no solicitó directamente la actuación del notario y que en rigor debería considerarse tercero del contrato de prestación de servicios notariales.

Es obvio que también el notario puede incurrir en responsabilidad extracontractual, y el ejemplo que más se maneja de esto lo constituye el supuesto de que el juicio de identidad del compareciente no se lleve a cabo de forma correcta y un impostor realice un acto de disposición de un bien del que realmente no es titular, o ejercite facultades que le fueron conferidas mediante negocio de apoderamiento a otra persona. En estos casos, que veremos enseguida, el titular del

derecho (que claramente no sostiene vínculo contractual o de ninguna clase con el notario) podrá reclamar los daños y perjuicios que en la órbita extracontractual tuvieran lugar.

Las diferencias prácticas más importantes<sup>7</sup> entre los ámbitos contractual y extracontractual en materia de responsabilidad civil, que confieren mérito a esta distinción, se encuentran en tres elementos fundamentales: los plazos de prescripción en uno y otro caso, generalmente más cortos en materia extracontractual; el contenido de la indemnización, que en materia contractual se ve limitado por el criterio de imputación objetiva de la previsibilidad de los daños al momento de contratar; y los criterios de imputación aplicables en uno y otro caso. En un sistema de responsabilidad civil unificado, como el del Código Civil cubano de 1987, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual del notario, o mejor, del Estado por los hechos del notario, no tiene una gran relevancia práctica.

## **5.2. Criterios de imputación. Obligaciones de medios y de resultados**

En el esquema clásico de la responsabilidad civil del profesional liberal, este responde solo cuando ha actuado de forma negligente. Los ejemplos más comunes de lo anterior son los del médico y el abogado, en cuyo ejercicio profesional, los resultados satisfactorios (curación del paciente, victoria en el pleito) dependen de un grupo de factores que exceden con mucho su propia actividad. En estos casos sería notoriamente injusto entender que el deudor se ha obligado a conseguir un resultado (aunque voluntariamente pueda hacerlo en expresión de la autonomía privada), y el consenso general es que se exonera de responsabilidad solo con probar que ha actuado de la misma forma que lo hubiera hecho un abogado o un médico

<sup>7</sup>Sin duda hay otras, respecto de las cuales me permito remitir al lector interesado al material de mi autoría "Algunas cuestiones sobre el alcance de la unificación de la responsabilidad civil. El caso del Código Civil cubano de 1987", en *Revista Crítica de Derecho Privado*, La Ley, No. 11, Uruguay, año 2014.

diligente en las mismas circunstancias, o lo que es lo mismo, que ha observado la *lex artis ad hoc*.

Son muchas las razones que desaconsejan erigir a la culpa como criterio general de imputación en materia contractual. En palabras de JORDANO FRAGA, ello implica que el deudor: "... debería liberarse siempre que, no obstante la falta o inexactitud del cumplimiento, hubiese empleado en la preparación y organización del cumplimiento el grado de diligencia requerido en general para toda obligación o en concreto para un determinado tipo de obligación. (...) el deudor no se obliga a hacer todo lo posible por cumplir, sino solo a emplear el grado de diligencia requerido, normalmente el del buen padre de familia. Todo esfuerzo más allá de ese límite se excluye, pues al deudor le basta llegar a él para ser considerado diligente; la diligencia excluye la culpa, y sin culpa (con arreglo a los principios de que se parte) no hay responsabilidad".<sup>8</sup> Sin embargo, este supuesto no refleja la realidad de la mayoría de los sistemas normativos, pues como afirma Díez-Picazo, "el deudor no se libera por el solo hecho de demostrar haber cumplido el parámetro de diligencia, por lo menos en un buen número de supuestos. Y rigurosamente a la inversa: aunque se hubiera incurrido en falta de diligencia en la preparación de la prestación, no hay reparo que poner si en el momento final se consigue que se ejecute una prestación perfectamente exacta, aunque sea con el auxilio de un tercero".<sup>9</sup>

Para explicar esta cuestión se ha acudido a la muy discutida diferenciación entre obligaciones de medios y de resultados. En las de resultados, como afirma YZQUIERDO TOLSADA: "... el acreedor busca exclusivamente un fin, para lograr el cual no le interesa examinar los medios de que se valga el deudor (que serán, por lo general, los relativos a toda profesión o industria).

<sup>8</sup>JORDANO FRAGA, Francisco, "Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil español", en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 2, Madrid, 1985, p. 357.

<sup>9</sup>DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 6ta edición, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 648.

El acreedor reclama solamente un resultado económico determinado, siendo para él irrelevantes los caminos que la otra parte recorra para procurárselo, los riesgos que empeñe en la empresa y las demás contingencias del cumplimiento contractual. El deudor debe un resultado y responde por ese resultado".<sup>10</sup> Por su parte, las obligaciones de medios implican también la intención del acreedor de conseguir un resultado favorable a sus intereses, como la curación del paciente, o el éxito en el pleito, solo que el resultado no depende exclusivamente del comportamiento del deudor, del que solo se exige que dicho comportamiento sea diligente, lo que bastará para liberarlo de la obligación y exonerarlo de responsabilidad. Las consecuencias prácticas de la distinción en el orden probatorio son evidentes: la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de resultados es objetiva. El acreedor deberá probar la subsistencia de una obligación incumplida y el deudor habrá de acreditar una interferencia ajena en el nexo causal (caso fortuito, fuerza mayor, causación por la víctima o un tercero). Por otra parte, en las obligaciones de medios, el factor de atribución es la culpa. La presencia o no de la diligencia debida determina el cumplimiento de la obligación o el incumplimiento imputable, según sea el caso.

Veamos algunas de las actividades más complejas que el notario realiza y la posibilidad de aplicación de estas ideas.

- a) Abstención de actuar, actuación morosa y actuación indebida

El primero de los supuestos que cabe analizar es cuando el notario se abstiene de actuar porque entiende que hay una justa causa que se lo impide, señaladamente cuando abriga dudas acerca de la legalidad del acto, de la autenticidad de los documentos, de la capacidad de los comparecientes, del cumplimiento de requisitos previos, de los posibles perjuicios a los derechos de terceros o de cualquier otro extremo sobre el

<sup>10</sup>YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del abogado*, textos del seminario UCM: la Universidad y las profesiones jurídicas, Madrid, s.a., p. 57.

cual deba dar fe. Es claro que como garantía para el requirente de los servicios debe existir un recurso para combatir la decisión del notario. La cuestión radica en si, decidido por la instancia superior administrativa la improcedencia de la abstención notarial, responde el notario de los daños y perjuicios que dicha abstención hubiera podido ocasionar. Si la respuesta es positiva, como creemos, resta la cuestión de si el notario es responsable siempre, o solo cuando haya actuado dolosamente o con ignorancia inexcusable. Objetivar la responsabilidad del notario y separarla, por tanto, de cualquier valoración de su conducta, puede ser un extremo desaconsejable. Sin embargo, responsabilizarlo solo cuando ha actuado con dolo o con ignorancia inexcusable, se desdice de la característica del notario como un profesional del Derecho con una altísima calificación y preparación, que pasa por un proceso de selección harto exigente. La diligencia del notario en este caso debe ser máxima y a nuestro juicio debe responder, incluso, de culpa levísima.

En el caso de la actuación morosa, ya sea en la autorización de la escritura propiamente dicha o en la expedición de las copias, es obvio que se aplica la disciplina de la responsabilidad correspondiente a cualquier deudor moroso en el cumplimiento de sus obligaciones, que se puede extender no solo al daño emergente y al lucro cesante, sino a la siempre polémica pérdida de oportunidades o pérdida de una *chance*.

La actuación indebida del notario se da precisamente cuando configurándose alguna de las causas por las que debe abstenerse de actuar, este de forma dolosa o negligente autoriza el instrumento público, que puede devenir ineficaz, con los consiguientes daños a los otorgantes y a terceros.

#### b) Juicio de identidad

Es clara la importancia de una correcta identificación de los comparecientes a los instrumentos públicos que el notario autoriza. El Reglamento de la LNE cubana la exige tanto como contenido de las escrituras cuanto de las actas, como se desprende de lo regulado en sus artículos 64 y 81, ambos en el inciso a. El artículo 84 de la LNEJ en su fracción VIII,

consigna el deber del notario de “*dar fe de conocimiento de los comparecientes o de que los identificó con documentos oficiales*”, con fotografía y firma coincidentes con las del compareciente.

Como afirman LORA-TAMAYO y PÉREZ GALLARDO, “la identificación de los comparecientes es un elemento esencial de la autorización del instrumento público. El prestigio y el crédito institucional y social de la función notarial están esencialmente fundados en el rigor y la pulcritud de la dación de fe, que otorga a los hechos y circunstancias a los que se refiere una fuerte presunción de veracidad. Entre aquellos y las circunstancias ocupa un lugar de singular relieve el conocimiento de la identidad de la persona que comparece ante el notario para realizar cualquier acto o negocio jurídico”.<sup>11</sup>

La fe o juicio de conocimiento, que no es la simple fe de identidad, implica, como se interpreta de su literalidad, que el notario conoce al compareciente de forma personal, o mejor aún, que le reconoce. La idea deriva de los tiempos en los que el notario tenía la posibilidad de conocer efectivamente a todas o a la mayoría de las personas que ante él concurrían, lo cual es impensable en el tráfico jurídico actual. Queda claro que deberá exigir de los comparecientes el correspondiente documento oficial de identificación, cuya foto y firma cotejará con la de estos. La primera pregunta es, entonces, si el notario está obligado al resultado de conseguir una identificación perfecta de los comparecientes, o sus deberes se agotan en el empleo de la diligencia media que corresponde a su función.

La importancia del juicio de identidad, de la que da fe el notario, y el valor de dicha fe inclinan a decantarse por el factor

<sup>11</sup>LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, “Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano”, en *Derecho Notarial*, tomo II, de PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 234.

de atribución objetivo. Siguiendo esta idea, el fedatario debe garantizar fuera de toda duda que quien comparece es efectivamente quien dice ser y, por lo tanto, es el titular de los derechos, obligaciones e intereses sobre los que el documento público versa. De otro modo, la “fuerte presunción de veracidad” de la que hablan los autores antes citados, sobre la que descansa el prestigio de la actuación notarial, se vería seriamente amenazada. En tiempos donde el notario tenía la posibilidad real de conocer a todos los posibles comparecientes ante él, esta idea, sin duda, era la más correcta.

Sin embargo, el fedatario cada vez menos usa del juicio de conocimiento por ciencia propia en un entorno social, económico y jurídico crecientemente complejo. El libre flujo de personas y capitales, y el comercio electrónico, entre otros factores, hacen que las personas que comparecen muy frecuentemente no se conozcan entre sí, y menos aún con el notario. Este deberá, por tanto, emplear todos los medios a su alcance para dar fe de la identidad de quienes ante él concurren, y el primero de esos medios es el documento oficial de identificación. En ausencia de este, podrá realizar el juicio de identidad apoyado en dos testigos que él mismo conozca (artículo 84, fracción VIII, Ley Notarial jalisciense, y artículo 27, inciso b, de la Ley cubana), aunque esta última Ley limita este recurso a los supuestos excepcionales en los que *“la postergación de la autorización del documento notarial pudiera causar perjuicios irreparables a los interesados”*.

Debe tenerse presente que por más que se afirme el extraordinario valor que la fe pública le confiere al contenido de un documento, no es posible conectar la función fedante con la responsabilidad del notario de asumir el riesgo de garantizar absolutamente la legitimidad y autenticidad de los documentos ante él presentados, entre los cuales ocupa un lugar destacado el documento oficial de identificación. Los medios de falsificación cada vez más sofisticados y perfectos, que engañan, incluso, a expertos y autoridades migratorias, de policía y aduana, hacen notoriamente injusto que al notario le sea exigido un resultado de identificación absoluto y seguro.

Si el notario conoce de ciencia propia a los comparecientes y asume su identificación mediante su propio juicio, prescindiendo del documento oficial de identificación, sin duda su responsabilidad por un error en tal caso debe ser objetiva. Esto envía un mensaje claro acerca de la excepcionalidad de tal medio de identificación: el notario renuncia de esta manera a uno de los medios más frecuentes y válidos de ofrecer un juicio acerca de quién es el compareciente en el mundo moderno: el documento oficial de identificación. También renuncia a la posibilidad de abstenerse de actuar si la identidad de la persona le ofrece dudas: es natural que se entienda, entonces, que asume voluntariamente la responsabilidad de identificar con toda certeza al compareciente y, por consiguiente, el riesgo de la suplantación y sus posibles consecuencias para las partes y para terceros. Sin embargo, si el medio usado es dicho documento, no es razonable exigir al notario conocimientos de perito sobre su autenticidad,<sup>12</sup> aunque su diligencia debe ser extrema y responderá por culpa levísima, es decir, por la más pequeña falta de diligencia, como lo exige la conservación del valor social y jurídico de la fe pública de la cual está investido. El aumento del estándar de diligencia hace que

<sup>12</sup>Ni tampoco sobre la autenticidad de documentos como certificaciones de dominio y gravamen, o las relativas al estado civil de las personas, cuando de un examen diligente no se desprenda su falsificación. Es obvio que el notario puede auxiliarse de peritos en caso de que la autenticidad de determinado documento le ofrezca dudas, pero obviamente resulta impráctico e ineficiente en términos de tiempo y gastos realizarlo en cada momento de incertidumbre. El análisis de la diligencia es también económico: en el ámbito de la responsabilidad civil del médico, es conocida la idea de que ante la posibilidad de un error y con ello de la exigencia de responsabilidad civil, algunos galenos emplean medios diagnósticos (radiografías, exámenes de laboratorio, tomografías, resonancias magnéticas) para corroborar un criterio que con mucha seguridad se han formado ya del simple examen físico y el interrogatorio del paciente. El aumento de los costos individuales y sociales de los servicios médicos es evidente. Por ello es necesario evitar que el temor de incurrir en responsabilidad civil e, incluso, penal, haga que el notario emplee medios extraordinarios, más allá de la diligencia debida, en comprobar la absoluta autenticidad de los documentos que son sometidos a su evaluación, o la identidad y capacidad de quienes comparecen ante él.

la responsabilidad por culpa sea fronteriza con la responsabilidad objetiva, y si a ello añadimos la inversión de la carga probatoria, se obtiene un resultado muy similar a esta, aunque dejando abierta la posibilidad (tanto más remota cuanto más se eleve el mencionado estándar) de que el notario acredite su diligencia y con ello se exonere de responsabilidad.

### c) Juicio de capacidad

Es claro que para realizar actos jurídicos válidos y eficaces se requiere capacidad de obrar. La declaración de voluntad, núcleo central del concepto de acto jurídico, debe ser emitida por persona capaz, no solo de ser titular de derechos y obligaciones, sino de ejercerlos y actuarlos por sí mismo de forma que el Derecho reconozca efectos jurídicos a esa actuación o ejercicio.

El notario, en la mayoría de los documentos públicos que autoriza,<sup>13</sup> tiene entre sus funciones, emitir un juicio sobre la capacidad de los comparecientes (*cf.* artículo 10, inciso d de la LNE cubana, y artículo 84, fracción X, de la LNEJ). De la misma forma que sucede con el juicio de identidad, la intervención notarial le aporta un *plus* a dicho juicio, por encima del que puede realizar, por ejemplo, el otro contratante en un contrato privado. Como afirma PÉREZ GALLARDO, “cuando este acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de este para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, o al menos ha apreciado en ellos la capacidad de querer o entender lo que pretenden concertar”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup>No es necesario un pronunciamiento sobre la capacidad de los comparecientes, según el artículo 122 del Reglamento de la LNE cubana, en el caso de documentos como legitimación de firmas, vigencia de ley, traducción de documentos que el propio notario realiza, entre otros que menciona el artículo 121 del propio Reglamento.

<sup>14</sup>PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las

Dado que la capacidad de obrar se presume plena, en los sistemas de umbral etéreo, al alcanzar la persona el tiempo vital fijado como comienzo de la mayoría de edad, el primer elemento que configura la actuación del notario es cerciorarse de la edad del compareciente, mediante el documento oficial de identificación, o certificación de nacimiento, o de matrimonio del menor de edad<sup>15</sup> que merced de este último acto jurídico adquiere la plena capacidad de obrar. El notario deberá solicitar la acreditación de lo regulado en cuanto a la capacidad de obrar en la ley personal del compareciente extranjero, cuando no la conozca. En un entorno jurídico en el que, como es correcto, la incapacitación en sede judicial no discorra en un esquema de todo o nada, el notario podrá solicitar, además, al compareciente incapacitado la resolución judicial que declara la incapacidad, a fin de conocer si el acto que el compareciente pretende realizar es o no de los que puede realizar por sí mismo.

Constatada la mayoría de edad, o la emancipación, resta la importantísima cuestión de si el notario aprecia, en su interacción con los comparecientes, alguna circunstancia que a su juicio impida la cabal comprensión del alcance y los efectos del acto que pretenden realizar. Ante la duda, la actuación diligente incluye la solicitud de un dictamen pericial (*cfr.* artículo 54 de la LNE cubana), el cual, de confirmar la incapacidad, traerá como consecuencia la abstención notarial.

Si bien el juicio de identidad es sumamente importante porque garantiza que los comparecientes sean efectivamente quienes

---

personas con discapacidad”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *La función del notario...*, *cit.*, p. 81.

<sup>15</sup> Aunque nada diga la Ley ni su Reglamento, es claro que respecto de la mayoría de edad, en ausencia de documento que lo acredite (por ejemplo, a falta de documento de identidad), cuando se trate de circunstancias en las cuales sería extremadamente perjudicial o gravoso el no otorgar el instrumento público (peligro inminente de muerte, por ejemplo), en aplicación analógica del artículo 27, inciso b, de la LNE cubana, el notario, lo mismo que con la identidad, puede acreditar la mayoría de edad de ciencia propia, si conoce al compareciente, o por medio de dos testigos idóneos; o, incluso, estar a la declaración del compareciente, sin perjuicio de advertirle de la posible nulidad del acto instrumentado si sus declaraciones no corresponden con la verdad.

son titulares de los derechos, obligaciones e intereses sobre los que el negocio versa (o sus representantes), el juicio de capacidad, cuando es defectuoso, acarrea la nulidad del acto. Por otra parte, las propias características de la actuación notarial implican que el aserto del notario en cuanto que, “a su juicio”, los comparecientes tienen la capacidad jurídica necesaria para la realización del acto, implica que se refuerce de tal forma la presunción *iuris tantum* de dicha capacidad, que en la práctica se le impone al demandante que la ataca una carga probatoria bastante mayor que la ordinaria y muy difícil de cumplimentar.

Con todo ello en mente, la pregunta de si el notario debe responder objetivamente de los daños que para las partes o los terceros se deriven cuando se pruebe que no realizó de forma correcta el juicio de capacidad, no tiene una respuesta sencilla. Sin embargo, el razonamiento expuesto arriba para el juicio de identidad vale también para la capacidad, máxime cuando el segundo implica una operación intelectual mucho más compleja que el primero. El espectro de las enfermedades o padecimientos mentales, unido a la posibilidad real de intervalos lúcidos, hace que muchas veces la persona que comparece ante notario “parezca” plenamente capaz. Por ello, la naturaleza del juicio notarial debe ser no de certeza, sino de probabilidad o apariencia, que no es poco, dada la fuerza que estos dos elementos tienen para la seguridad del tráfico jurídico. En tal sentido es ilustrativa la LNEJ que dispone que el notario, para realizar un juicio de capacidad de los otorgantes, *“basta que en ellos no observe manifestación de incapacidad natural y que no tenga noticia de algún impedimento legal”*.

El notario no es perito, aunque diligentemente, cuando albergue dudas puede solicitar la intervención de uno. También diligentemente deberá asegurarse de que los comparecientes comprendan de forma cabal el contenido, alcance y efectos del acto que pretenden realizar, máxime cuando se trata de uno con consecuencias patrimoniales o personales de gravedad. Por lo tanto, la diligencia exigida deberá ser la máxima; el notario responderá del uso de todas las herramientas cognoscitivas a su alcance para asegurarse de que está instrumentando la voluntad informada de una

persona capaz. Ello, so pena de que, a mayor laxitud en la apreciación de la diligencia notarial, decaiga proporcionalmente el valor probatorio del juicio de capacidad que este emite.

d) Secreto profesional y protocolo de instrumentos notariales

La mayoría de las legislaciones en materia notarial obligan a mantener la discreción necesaria en la tramitación de los asuntos de que el notario conozca (*cfr.* artículo 10, inciso n, de la Ley de las Notarías Estatales cubana, y artículo 43 de la LNEJ). Con independencia de las responsabilidades penales que puedan derivarse, es claro también que el fedatario público responde civilmente de los daños y perjuicios que ocasione su indiscreción, en especial, los relacionados con el derecho a la intimidad de sus clientes. La responsabilidad debe ser aquí apreciada de forma objetiva, y solo la prueba de la interrupción del nexo causal lo exonera de responsabilidad civil. Los casos más comunes tienen lugar cuando el notario incumple con su deber de confidencialidad sobre los actos y documentos que obran en su protocolo, permitiendo su examen o expidiendo copias a personas no autorizadas o sin interés legítimo, pero también pesa la obligación de secreto profesional sobre los hechos y documentos que conoce en su labor asesora. Queda claro que esta obligación, como en el resto de las profesiones, se extiende solo hasta los casos en los que no colisiona con el interés general y la seguridad pública.

e) La configuración del instrumento público

Hemos dejado para el final de esta exposición la función más importante y difícil de las que el notario realiza, lo cual se refleja en la responsabilidad que por ella asume ante los comparecientes. El notario, como afirma bellamente RODRÍGUEZ ADRADOS, alumbra, como el parto socrático, la voluntad del otorgante: “esa voluntad inicial es una voluntad deformada por los perjuicios y los falsos conocimientos jurídicos; una voluntad errónea, por ignorancia o conocimiento equivocado de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas jurídicas atinentes al caso; una voluntad incompleta, porque solo se dirige a los efectos

fundamentales o inmediatos; una voluntad imprevisora, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo, ni mucho menos la incidencia de los acontecimientos que pueden sobrevenir; una voluntad ilegal, que choca, en todo o en parte, con el ordenamiento; en suma, puede tratarse de una voluntad falsa, porque lo que el otorgante creía que era su verdadera voluntad, dejó de serlo en cuanto comienza la información y el asesoramiento del notario”.<sup>16</sup>

Esta función de construcción y autoría del documento, que tiene una alternativa en la entrega de documentos privados o minutas redactadas por los comparecientes en las que se ofrece al notario las claves más o menos detalladas de lo que voluntariamente quieren instrumentar,<sup>17</sup> conlleva una labor asesora general y de redacción específica de las cláusulas del instrumento público. El notario deberá indagar en la voluntad individual o común, según sea el caso, cuidando de la no contradicción con la norma imperativa, y muy especialmente informando sobre lo que regula la norma dispositiva. Esto último es de cardinal importancia en el sistema romano francés, donde en un grupo de extremos relevantes, la ley escrita fija soluciones residuales en ausencia de la voluntad expresa de las partes que pueden no convenir a sus intereses. El notario deberá, además, interpretar y calificar el acto que las partes intentan realizar, determinando su naturaleza jurídica y con ello la disciplina legal aplicable. Finalmente deberá advertir de las consecuencias jurídicas que se conectan con el instrumento que se pretende autorizar.

Con todo ello, cuando se realiza diligentemente, se garantiza a plenitud el consentimiento informado de los comparecientes y el ejercicio de su autonomía privada, tanto en el sentido de decidir acerca de si realizar o no el acto, como en el de regular su contenido, siempre con arreglo a la ley, extremo que

<sup>16</sup>*Cit. pos* VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Determinación notarial del Derecho”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, *Derecho Notarial...*, *cit.*, tomo I, p. 143.

<sup>17</sup>Lo cual, sin duda, tiene influencia en la responsabilidad del notario, por lo que este debiera hacerlo constar siempre en el instrumento.

también es función del notario garantizar. Queda claro que quienes requieren del servicio notarial (y también la sociedad en general) esperan del notario la confección de un instrumento público apegado a la ley, y con arreglo a la voluntad de las partes que intervienen, armonizando en suma el interés público con el privado y todo ello realizado con la máxima diligencia. Por tanto, la negligencia (incluso la culpa levísima), conectada causalmente a un resultado dañoso, generará responsabilidad civil.

## 6. Conclusiones

El carácter único de la función notarial, las particularidades que implican su ejercicio, su necesidad imperiosa en el tráfico jurídico y (lo más importante) su prestigio y ascendencia social, tienen tres pilares fundamentales. El primero y más importante de ellos es la dimensión humana del notario, las cualidades que deben adornarle en una vida regida por profundos valores y principios éticos y morales. El segundo es una derivación del primero: la dimensión profesional del notario, su ética profesional que implica una preparación rigurosa para enfrentar los agudos retos que su labor le impone, al versar sobre los bienes espirituales y materiales más preciados del hombre. Y el tercero, que llega cuando las anteriores de alguna forma han fallado, es la dimensión de responsabilidad del notario, consecuencia de los dos anteriores: una persona moral y con una alta preparación profesional tiene, como complemento necesario de esas virtudes, el deber jurídico de responder, de garantizar su actuación e indemnizar a las víctimas de los daños que cause. Como dice el profesor y notario LÓPEZ JACOÍSTE: "... la responsabilidad tiene radicación esencialmente humana. Su principio y su razón son de carácter ético. Cuando decimos que alguien es un irresponsable estamos insinuando que carece de plenitud existencial. Nos apreciamos unos a otros con más o menos admiración personal según sea mayor o menor el sentido de responsabilidad que mutuamente nos reconocemos".<sup>18</sup>

<sup>18</sup>LÓPEZ JACOÍSTE, José Javier, *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, discurso leído el 10 de enero de 1994 en

La responsabilidad civil del notario es, en suma, imprescindible, aunque nada placentera y a menudo imperfecta y limitada en su funcionamiento. Trata de poner a la víctima en una situación lo más similar posible a la que estaba antes del suceso dañoso, pero esto, que se torna más fácil (solo figuradamente hablando y haciendo a un lado los avatares de la litigación) cuando se trata de dinero y bienes materiales genéricos, se revela casi impracticable en sede de bienes de la personalidad: el llamado interés de afección o precio del dolor no es sencillo de saldar. Para el notario, constituye un reto a su actuación recta y diligente en el ejercicio de la fe pública que el Estado y la sociedad le han confiado. Las consecuencias conectadas a la responsabilidad civil condicionan el comportamiento externo del fedatario, pero no siempre son suficientes para transformar, al menos de inmediato, la esencia íntima de sus convicciones y su carácter (cuando ello es necesario y el proceso de selección notarial ha fallado en el plano de las cualidades personales). La pregunta final debe ser cómo evitarla. En la combinación adecuada de las dos ideas que anteriormente hemos expresado, está la clave de cómo mantener la tercera en calidad de recurso excepcional. Un ejercicio profesional íntegro, marcado por la superación personal y gremial constante, por la solidaridad entre notarios, pero sobre todo por la proyección humana de la actividad notarial, pensada con la persona como centro, es la herramienta de contención más eficaz de la responsabilidad civil del notario.

---

su recepción pública como académico de número, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1994, p. 147.

# La etiqueta ambiental: regulación en el Derecho cubano en el mercado

Recibido el 16 de diciembre de 2015

Aprobado el 4 de febrero de 2016

**MSc. Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ**

*Profesor Auxiliar. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales*

*Departamento de Derecho. Profesor de Derecho Ambiental*

*Universidad de Granma*

## RESUMEN

*El sistema de etiquetado-certificación ambiental permite a los consumidores, compradores públicos y privados identificar los productos “verdes”; posibilita, además, demostrar y comunicar a las formas de gestión que su producción y prestación de servicios sea respetuosa con el ambiente como una necesidad social; es, a su vez, un derecho individual y colectivo, donde todo ser humano tiene el derecho a gozar de un ambiente adecuado y el deber de conservarlo. Se establece con ello la obligación de los entes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, defender y restaurar el medio ambiente. El objetivo de este sistema es reducir el impacto negativo de la producción y el consumo sobre el medio ambiente, la salud, el clima y los recursos naturales, promoviendo productos que tengan un nivel elevado de comportamiento ambiental, con empresas responsables del ambiente, donde sean ponderados los principios del Derecho Ambiental como el precautorio, el de prevención y el de legalidad. El artículo muestra las insuficiencias dentro de la ordenación jurídica cubana de la concesión de la etiqueta ambiental por la Administración Pública, entregadas de forma mayoritaria a las formas de gestión del sector estatal en el tráfico mercantil. Fueron empleados para ello los métodos de investigación como el teórico-jurídico, el histórico-lógico, el exegético-jurídico, el de Derecho Comparado y el de análisis y síntesis.*

## **PALABRAS CLAVES**

*Inspección, auditoría, consumidores ecológicos, empresa responsable con el ambiente.*

## **ABSTRACT**

*The system of labeling environmental certification allows the consumers, public and reserved buyers identifying the green products, it makes possible besides demonstrating and communicating to the ways of step than his production and rendering of services, be respectful with the environment like a social need, it is in turn an individual right and bus, where all human being has the right to enjoy an adequate environment and the duty to preserve it. The obligation of the public entities to safeguard the rational utilization of the natural resources with the aim of protecting and upgrading life, to defend and to restore the ambient midway becomes established with it. The objective of this system is to reduce the negative impact of production and the consumption on the ambient midway, the health, the climate and the natural resources, promoting products that have a level lifted of environmental behavior, with responsible companies of the environment, anywhere pondered the beginnings of The Environmental right like the precautionary, prevention and the one belonging to legality. The article the Cuban of the concession of the environmental label for the Public Administration, once the forms of step of the public sector in the mercantile traffic were delivered to of majority form shows the insufficiencies within the juridical sorting. The fact-finding methods like the juridical theoretician, the historic logician, the exegetic were employed for it juridical, the by right compared, and the one belonging to analysis and synthesis.*

## **KEY WORDS**

*Inspection, auditing, ecological consumers, friendly company with the environment.*

## **SUMARIO:**

**1. Introducción. 2. Los instrumentos del mercado y comercio vinculados a la tutela del medio ambiente. La etiqueta ambiental. 3. La etiqueta-certificación ambiental en Cuba. Régimen jurídico y organismo de certificación ambiental de la Administración Pública que la otorga. 4. Conclusiones.**

### **1. Introducción**

La actividad económica de las formas de gestión es el resultado de la interacción de estos agentes en el mercado; en términos generales, los productores que producen y venden lo que los consumidores demandan. Aunque es la producción la que de forma directa impacta sobre el medio ambiente, el consumo es el que determina en última instancia la magnitud de ese impacto.

La preocupación por la protección del medio ambiente por parte de los gobiernos, de los empresarios en las formas de gestión y de los ciudadanos como consumidores de los bienes y servicios ha ido en aumento desde la primera década del siglo XXI como consecuencia del cambio climático y de las adversidades que este trae consigo, lo cual ha hecho necesario el desarrollo de herramientas que permitan a la Administración Pública ejecutar el control ambiental a través de la auditoría pública y la potestad inspectora.

En este sentido, se aprecia cómo en los últimos años diversos estudios recogen la creciente disposición de los consumidores a pagar por productos que alcanzan la categoría verde. Es decir, productos que tienen un menor impacto ambiental que los productos convencionales similares, ya sea por la utilización en su proceso de producción de tecnologías que generan menos emisiones contaminantes o residuos (tecnologías limpias). Por eso, se valora desde el punto de vista de los sujetos de gestión, que esta predisposición de los consumidores genera incentivos a la inversión en la implementación de las tecnologías limpias siempre que esto se traduzca en una mayor demanda de sus productos. Para ello

se creó la Red de Etiquetado Ecológico Mundial (GEN) como asociación no lucrativa de organizaciones de etiquetado ambiental de tercera parte en 1994 para mejorar, promover y desarrollar el ecoetiquetado de los productos y los servicios desde el pasado siglo. En la actualidad es AENOR quien preside la red mundial del etiquetado ecológico desde la Unión Europea.

Para certificar las formas de gestión se aprecia cómo han sido creados mecanismos de respuestas a través de instrumentos que permiten la tutela ambiental a la Administración Pública con la implementación de las herramientas de gestión, en particular con la ejecución de la auditoría ambiental entre los instrumentos de mercado y comercio. Su finalidad es velar por la protección del medio ambiente como bien público. Al concluir la evaluación a la forma de gestión auditada se le entrega la etiqueta-certificación ambiental, reconocida como el instrumento voluntario dirigido a la protección ambiental, factible económicamente y donde participa un equipo multidisciplinario para determinar su concesión por su multidimensionalidad. Es concebida como un instrumento administrativo cuya naturaleza es reglada dentro de los ordenamientos jurídicos. Representa en sí un estándar de competencia económica para el desarrollo sostenible a las formas de gestión en el comercio como uno de los valores agregados que aporta.

El objetivo que se persigue con la implementación de un sistema de etiqueta ambiental en un país es proteger a los consumidores, denominado en la doctrina jurídica como *certificación ambiental* o *ecoetiquetado* de forma indistinta; como sistema persigue sensibilizar a los consumidores para la adquisición de productos cuya repercusión ambiental sea mínima. Es un estímulo para que las formas de gestión dirijan su producción y distribución en la red de comercio de bienes y servicios con la implementación de tecnologías limpias, para obtener ventajas competitivas.

Su génesis se constata que ocurrió en Alemania a partir de 1977 del pasado siglo como su antecedente mundial, esta se identificó con el *Ángel Azul*, por lo que le corresponde el mérito de ser la primera nación que la implementó por la

Administración Pública. El ejemplo alemán fue seguido en 1989 por Canadá y Japón. Este sistema de etiquetado continuó su implementación en otros países como Noruega, Suecia, Finlandia, Austria, Francia, Portugal y Nueva Zelanda; se han insertado en la consumación de este ecoetiquetado y han elaborado sus propios sistemas para aplicarlo a partir de 1989.

La expansión del sistema de ecoetiquetado toma relevancia creciente, toda vez que la Comisión de Comercio y Medio Ambiente de la Organización Mundial del Comercio ha reconocido que los programas de ecoetiquetado pueden ser valiosos instrumentos de política ambiental para cada nación. Disímiles han sido los modos de manifestación y protección del ecoetiquetado con mayor o menor intervención pública, pero convergen en la finalidad de estimular el principio del desarrollo sostenible en la actividad económica con un rol protagónico y simbiosis en la relación Estado-empresa.

Sin embargo, aún queda camino por andar en la implementación general y en la eficacia y eficiencia de los propósitos que se persigue con el etiquetado ambiental, donde la contribución de los ordenamientos jurídicos es trascendental para su regulación; mientras unos van a la vanguardia otros están rezagados, lo cual obstaculiza la internacionalización racional del sistema de certificación ambiental y el conocimiento adecuado por los consumidores para su exigencia. El artículo intenciona las insuficiencias que acontecen en el ámbito del control relacionado con los instrumentos de tutela y mercado en la gestión ambiental patria, que permitan transitar de la certificación de la calidad hacia la ambiental a los sujetos de gestión, con énfasis en el sector estatal al ser este mayoritario.

## **2. Los instrumentos del mercado y comercio vinculados a la tutela del medio ambiente. La etiqueta ambiental**

A partir de los años 60 del pasado siglo XX, los empresarios comienzan a sentir la necesidad de enfrentar un segmento de mercado que reclaman una tipología de productos y servicios más respetuosos con la naturaleza, ante una legislación más

estricta en materia ambiental a la que estaban obligados a cumplir. La década de los 90, etapa denominada “la Década de la Tierra” por DRUMWRIGHT,<sup>1</sup> es cuando este movimiento proambiental comienza a tener una mayor relevancia dentro de la sociedad, este provoca cambios en la conducta de los principales agentes del mercado y la aparición de diversos frentes de presión que promueven la defensa del ambiente y poseen un gran poder de negociación. Frentes clasificados en tres grupos: el social, el político-legislativo y el económico.

En la actualidad, la evolución de los valores de la sociedad, reconocida en el comportamiento de compra de numerosos individuos interesados por el impacto derivado de sus actos de consumo, ha impulsado la llamada transformación “verde” del ámbito empresarial en el mundo, con mayor relevancia en los países desarrollados por su poderío económico. Se valora la preocupación ante la degradación ecológica a nivel mundial, la tendencia creciente entre los consumidores en la búsqueda de información de los productos o los servicios ante la estrecha relación entre la compra de un producto ecológico y la posibilidad de pagar un precio más elevado que por el de un producto tradicional son elementos que demuestran que los consumidores cada vez poseen una mayor conciencia ambiental y están dispuestos a adquirir productos y servicios amigables con la naturaleza en pos de su beneficio personal.

Diversos estudios científicos coinciden en que cuando los consumidores demandan bienes con una determinada calidad ambiental, la información que requieren es de dos tipos: en primer lugar, científica –sería el conocimiento científico que explica la relación que existe entre las distintas actividades productivas y el medio ambiente–, el coste de adquirir este conocimiento es muy elevado para los consumidores; en segundo lugar, relativa al proceso de producción y a los impactos del mismo sobre el entorno, el coste de adquirir esta información es menor que el anterior, pero todavía elevado para los consumidores individuales.

<sup>1</sup>DRUMWRIGHT, M.E., “Socially Responsible Organizational Buying: Environmental Concern as a Non-economic Buying Criterion”, en *Journal of Marketing*, vol. 58, Estados Unidos de América, 1994, pp.1-19.

Los mercados con asimetrías de información en la literatura teórica han remarcado el papel de la buena reputación como instrumento capaz de mejorar la eficiencia ante ese fallo de mercado. Este resultado se da, sobre todo, en mercados en los cuales los compradores y los vendedores están involucrados en relaciones que duran más de un período, de tal manera que los vendedores tienen incentivos para invertir en reputación y serán reacios a ponerla en peligro a cambio de ganancias en el corto plazo derivadas de la venta de productos de baja calidad. En este caso concreto la reputación, por sí sola, sería suficiente para solucionar el problema de asimetría de información. La alternativa más consistente al modelo de reputación sería la existencia de una certificación que asegure a los compradores que el bien es respetuoso con el medio ambiente y por la cual los vendedores tienen que pagar. Este tipo de certificación se corresponde al ecoetiquetado.

Por tanto, que las etiquetas ecológicas, los programas ambientales, los programas de certificación y de adquisición de productos ecológicos tienen como objetivo el de fortalecer los mercados con orientación ecológica. Otros ejemplos de instrumentos basados en el mercado incluyen a las tarifas ambientales, a las cuotas de usuario, subsidios, sistemas de reembolso de depósitos y otros mecanismos, todos orientados a alentar o desalentar a los responsables de tomar decisiones con respecto a las características ecológicas de los bienes y de los servicios.

Ante la preocupación por el equilibrio que debe existir entre el crecimiento económico y la protección ambiental, la Unión Europea ha estimulado en sus Estados miembros la promulgación de normativas jurídicas relativas a la producción de bienes y servicios que tengan en cuenta, desde la arista económica, el impacto ambiental generado a la naturaleza para garantizar el desarrollo sostenible. Por lo que el uso de la etiqueta ambiental es obligatoria, coexistiendo desde 1991 un distintivo de carácter comunitario para la agricultura ecológica y para la producción preenvasada y, a su vez, voluntaria para los productos no producidos en la Unión; en la Unión Europea el signo distintivo que identifica la etiqueta ambiental es la *Flor Europea*.

Al analizar la norma ISO 14 020, señala que la etiqueta ambiental o declaración es una exigencia que indica los aspectos ambientales de un producto o servicio. Por ello, se justiprecia cómo la etiqueta es en sí un instrumento de mercadeo, que puede dirigir el comportamiento de compra de un consumidor en una dirección determinada. Influye en el medio ambiente, en la economía y en los aspectos sociales, toda vez que afecta a ministerios del Medio Ambiente, de Economía, de Energía y de Política Social. Su promoción e implementación aportan la búsqueda del mejoramiento ambiental de un país, en pos del desarrollo sostenible.

Existe otro distintivo concedido por AENOR, este otorga la certificación ambiental dirigida a los envases del sistema integrado de gestión de residuos y su adecuado reciclaje dentro de la Unión Europea, para los de consumo de energía y recursos esenciales, y el de garantía de la calidad ambiental. Todos tienen su sustento legal en el Decreto No. 316 de 1994, en el Decreto No. 296 de 1998, en el Real Decreto 1309 de 2011 y en el *BOE* No. 249 de 2011.

En general, se aprecia que dentro de los recursos más importantes para reducir la brecha entre el interés público y el comportamiento del consumidor se incluyen: las políticas de etiquetado, la certificación y la adquisición de productos ecológicos. Por eso las administraciones públicas en los Estados prestan interés en su regulación jurídica, para esto se realizará un análisis de los instrumentos de mercado vinculados a la tutela del medio ambiente.

Es así que, en respuesta a la Cumbre sobre desarrollo sostenible celebrada en Johannesburgo en 2003 por parte de los Estados, se valoró cómo se promovieron instrumentos de suministro de información efectivos, transparentes, claros y no discriminatorios, con referencia explícita al ecoetiquetado como instrumento de fomento ambiental. La mayoría de los programas de etiquetado y certificación tienden a excluir los riesgos tóxicos o los relacionados con la salud humana. Para ello, la concesión de la etiqueta ecológica tiene como fin reducir el impacto negativo de la producción y el consumo sobre el medio ambiente, a la salud, al clima y a los recursos

naturales, promoviendo productos que tengan un nivel elevado de comportamiento ambiental mediante la utilización de la etiqueta que así lo identifique en el mercado interno y el foráneo.

El etiquetado es concebido como la tarjeta de presentación del producto y su garantía de calidad. Por eso la doctrina jurídica en la Unión Europea considera que deba ser entendida desde una doble perspectiva, de consecución del mercado interior y de mejora de la información de los consumidores. Consiste en fórmulas que informan al consumidor que los productos que las ostentan poseen ventajas ambientales en comparación con otros productos de la misma categoría. Como sistema de certificación un agente informa a los consumidores, confirma con ello la calidad ambiental de los bienes adquiridos dando de esta manera confianza a los consumidores y solventando el problema de la asimetría de la información.

Para ello, estudiosos del Derecho Ambiental como MARTÍN MATEO,<sup>2</sup> ORTEGA ÁLVAREZ, FERNÁNDEZ RAMOS, SANZ RUBIALS, MORA RUIZ y LOZANO CUTANDA en la Unión Europea desde el pasado siglo son del criterio de que la etiqueta ambiental está vinculada al derecho del consumidor, para ello fue creado un programa para una política de protección e información de los consumidores, a partir de la premisa de que el consumidor ya no podía ser considerado únicamente como un comprador y

<sup>2</sup>MARTÍN MATEO, R., *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, Editorial Trivium, España, 1994, pp. 430-435; ORTEGA ÁLVAREZ, L., *El control jurídico del medio ambiente a través del ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Toledo, España, 2013, pp. 11-43; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El sistema comunitario de etiquetado ecológico*, Universidad de Cádiz, España, 2013; SANZ RUBIALS, I., *Sobre la naturaleza jurídica de la etiqueta ecológica*, Editorial Marcial Pons, España, 2014, pp. 7-19; LOZANO CUTANDA, B., "El futuro de la flor europea: la nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea", en *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, número 1, España, 2014, pp. 1-21; MORA RUIZ, M., "La gestión ambiental compartida: función pública y mercado", en *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, número 4, España, 2012.

usuario de bienes y servicios, para uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que, como consumidor, puedan afectarle directa- o indirectamente.

Coinciden en que se ha operado una cierta universalización de los intereses del consumidor que escapan a los meros elementos contractuales que regulan la adquisición final de bienes y servicios. Coligen sobre el surgimiento de la ecoetiqueta como un instrumento para poder integrar productos beneficiosos para el medio ambiente dentro del circuito del mercado. Su objetivo es doble, de una parte, propicia el diseño, la producción y comercialización de productos con repercusiones negativas reducidas para el medio ambiente durante todo su ciclo de vida. De otra, proporciona al consumidor la posibilidad de identificar determinados productos, que comúnmente tienen un precio algo más elevado que los integrantes de su gama, añadida la garantía específica acreditadora de las cualidades del beneficio ecológico del producto, constitutiva de un valor agregado excepcional. Además, es significativo que en muchas ocasiones se le dé un tratamiento fiscal preferencial.

Consideran los autores constatados que constituye una declaración técnica de que un producto reúne determinadas cualidades ambientales y una autorización para poder ostentar en su comercialización un determinado distintivo. Esta vía se inscribe dentro de las medidas de integración del medio ambiente en el mercado, que no son las tradicionales medidas administrativas de reglamentación, inspección, autorización y sanción.

En sí, constituye una garantía tanto para el fabricante como para el consumidor, ya que, con relación al primero, impide la defraudación de la libre competencia que estaba dañando la rentabilidad de las inversiones en procesos productivos ecológicos por culpa de la publicidad engañosa; igualmente, con relación al consumidor, soluciona su incapacidad para comprobar por sí mismo las virtudes ecológicas del producto y le garantiza unas determinadas cualidades del mismo. Pueden generarse al mismo tiempo derechos intangibles de

propiedad industrial si su singularidad ameritara el reconocimiento de un signo distintivo.

En el siglo XXI se valora que la demanda de productos y servicios ecológicos parece haber establecido un nicho o segmento de mercado especializado. Si bien los mercados con etiquetado ecológico parecen haberse estabilizado o nivelado, tanto la certificación ambiental como la adquisición de productos ecológicos están en plena expansión. Con ello se permite proteger la salud humana y a la naturaleza. Las etiquetas, las certificaciones y las adquisiciones son catalogadas como categorías únicas, vinculadas entre sí. En el etiquetado y la certificación con frecuencia se aplican criterios e índices similares, si no es que idénticos. En términos generales, difieren en que las etiquetas se aplican a productos específicos (y a menor número de servicios), mientras que las certificaciones están orientadas a un público diferente: otras empresas importantes o compradores minoristas, más que a consumidores individuales, evaluando los sistemas de gestión ambiental (SGA).

En sí, la ecoetiqueta, como también se le reconoce, puede cumplir la función de garantía a un menor coste y con mayores ventajas que una garantía que se basará en un precio más elevado. De esta forma, la ecoetiqueta actúa como medio de información para los consumidores sobre el grado de respeto ambiental de un determinado producto y como incentivo para que las empresas introduzcan mejoras en el proceso de fabricación de los bienes y en el tratamiento de los residuos que genera su consumo.

Sin embargo, la certificación ambiental toma en consideración los sistemas de manejo ambiental subyacentes, en lugar de criterios específicos y técnicos para productos desde una perspectiva para toda la vida. Por ello el paso de muchas empresas del control de la contaminación a la prevención de la misma podrá ayudar a explicar el acento creciente en la certificación y la adquisición institucional como instrumento económico que permita cumplir las metas ambientales para conformar la empresa amigable con el ambiente.

El alcance del control público ambiental vinculado a la entrega de la etiqueta a las formas de gestión se aprecia cómo está dirigida a los productos alimenticios, a los textiles, al calzado, a los cosméticos, a las sustancias peligrosas, a los productos electrónicos, a los detergentes, a la prestación de servicios, entre otras. En el mercado de la Unión Europea, la entrega de la ecoetiqueta está vinculada también por la multidimensionalidad de la cuestión ambientalista a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras su regulación en el ordenamiento jurídico en este continente. En todo este análisis, se aprecia que no queda atrás el problema del cambio climático, por sus resultados adversos en el siglo XXI, aunque no ha afectado aún los hábitos de compra del público en general, es factible que el Protocolo de Kioto impulsara a un primer plano el uso eficiente y la conservación de la energía en los próximos años, perceptible con la implementación de los permisos negociables en el comercio, el que incentiva la implementación de las tecnologías limpias.

Generó la creación de una serie de programas e iniciativas auspiciados por la Administración Pública para promover la conservación y el uso eficiente de la energía, así como proyectos de construcción más ecológicos vinculados al medio ambiente construido. Así vemos cómo en el programa *Environmental Choicese* refiere una fuerte demanda de energía ecológica certificada y se espera que esa demanda aumente a medida que las compañías se empeñen en reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y compren contrapartidas de los créditos de emisiones, tal y como se implementa en la Unión Europea, para mitigar los efectos del cambio climático como ha sido reseñado.

En todo este *íter*, son identificados los elementos de contenido obligatorio que se distinguen en la ecoetiqueta para su producción y comercialización desde la doctrina jurídica y la legislación constatada, estos son: denominación de la venta, lista de ingredientes, cantidad porcentual del ingrediente, cantidad neta, fecha de duración mínima, condiciones especiales de conservación o utilización, nombre o razón social y dirección del fabricante y embalador, modo de empleo, lugar de origen, marca registrada, número de registro industrial del comerciante, fecha de caducidad del producto,

precauciones del empleo, lote de fabricación, riesgos del producto, grado alcohólico y el símbolo de peligro o precaución. Su lugar de ubicación es en la parte horizontal, la lengua o idioma que utilizará el fabricante es la del país de origen del producto y las lenguas oficiales del país de comercialización. La solicitud se presentará ante el organismo competente designado por cada Estado miembro para su concesión o no.

Se aprecia en relación con la temática que dentro de los recursos más importantes para reducir la brecha que existe entre el interés público y el comportamiento del consumidor se incluyen las políticas de etiquetado ambiental, la certificación ambiental y la adquisición de productos ecológicos. Para ello es pertinente distinguir que en el mercado ambiental, por un lado, está la publicidad ambiental dirigida a los productos y a las empresas; y, por otro lado, los programas de etiquetado ambiental, que tienen naturaleza obligatoria al regularse en los ordenamientos jurídicos y son de carácter voluntario al concebirse a partir de la implementación de la norma ISO 14 020.

Esta etiqueta es adoptada por las formas de gestión estatal o privada, otorgada a determinados productos o servicios como símbolo de acreditación y respeto al medio ambiente que mantiene durante el proceso de fabricación, comercialización o de su trayecto posterior al tratar de reducir su impacto al entorno. Certifica que ciertos bienes y servicios posean unas determinadas características ecológicas con respecto a otros bienes y servicios equivalentes dentro de una misma categoría. Se concede a través de un equipo evaluador independiente y se gestiona conforme a un estándar reconocido por la Administración Pública establecido previamente y regulado en la norma jurídica.

Las normas ISO han estructurado la etiqueta ambiental en tres categorías, estas son: las de tipo I se acogen a la norma ISO 14 024 para las ventajas ambientales del producto, las del tipo II se acogen a la norma ISO 14 021 para las características medioambientales del producto, las del tipo III se acogen a la norma ISO 14 025, señalan los impactos medioambientales que los productos generan al entorno.

Su finalidad, al obtenerse la certificación con la etiqueta ambiental, estaría en el estímulo de los consumidores a realizar compras ambientales responsables, el incremento de las ventas y de los servicios, mejora la imagen de las formas de gestión, mejora la competitividad, aporta información detallada y veraz, hay una adecuada responsabilidad ambiental de los productos y servicios para un desarrollo sostenible, y se incentiva la protección ambiental. En materia de investigación y desarrollo podría incorporarse la fórmula de I+D+C y la etiqueta ambiental (EA) como garantía del desarrollo sostenible, resultaría entonces: I+D+C+EA. Empero, todo esto redundaría en que la forma de gestión sería entonces una empresa responsable con el ambiente.

La etiqueta ambiental, como instrumento de fomento ambiental, es utilizada por la Administración Pública como resultado de la política pública para proteger el medio ambiente en una nación dentro de su Derecho Administrativo Ambiental, tal y como se señalara por autores desde la Unión Europea como AUDIVERT ARAU<sup>3</sup> y MORA RUIZ; por eso los empresarios dentro de las formas de gestión hacen estudios de mercado para conocer si sus productos tendrán la aceptación esperada por parte de los consumidores, vinculada con la certificación de la empresa responsable con el ambiente en la Responsabilidad Social Empresarial, tal y como se colige por GALINDO MARTÍN,<sup>4</sup> DURÁN HERRERA, DE LA TORRE y BAUGHN.

<sup>3</sup>AUDIVERT ARAU, R., *Régimen jurídico de la etiqueta ecológica*, Editorial CEDECS, Barcelona, 2001, pp. 15-133; MORA RUIZ, M., La gestión ambiental compartida: función pública y mercado en, *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, número 4, España, 2012.

<sup>4</sup>GALINDO MARTÍN, M., "Innovación, progreso y empresarios: la importancia de los valores morales", en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, número 1, Madrid, 2009, pp. 23-47; DURÁN HERRERA, J.J., "La función económica de la empresa socialmente responsable", en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, número 1, Madrid, 2009, pp. 49-70; DE LA TORRE, I., "Fundamentos de la responsabilidad social de la empresa", en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, número 1, Madrid, 2009, pp. 71-86; BAUGHN, C., "Influencias socio-políticas y económicas en la

En el contexto de los países que integran América Latina, se constata, cómo el sistema de certificación ambiental se ha desarrollado en la mayoría de los países a partir de la regulación dentro de los ordenamientos jurídicos con la potestad inspectiva y la auditoría ambiental en su mayoría, vinculada a la actuación de las entidades fiscalizadoras superiores (EFS), como el órgano que la ejecuta y la concede.

Autores desde las ciencias jurídicas en la materia ambiental en la región de América Latina de la talla de GORDILLO,<sup>5</sup> CAFERRATA, DE BESA ANTUNES, BELLORIO CLABOT, LORENZETTI y PEÑA CHACÓN, señalan que la etiqueta-certificación ambiental como parte de los instrumentos de tutela ambiental de la Administración Pública aún no está presente en la mayoría de los países de la región, hay retos pendientes por materializar como continuar el desarrollo de la sostenibilidad de los productos que permitan desde el Derecho Administrativo Ambiental armonizar los criterios de certificación y la participación de los agentes interesados; no obstante, se aprecia la experiencia obtenida en países como Brasil, México, Chile, Colombia, Venezuela, Ecuador, Uruguay, Panamá, los que dan respuesta a lo acordado en Río+20 en implementar en la región el etiquetado ambiental tipo I como la herramienta clave de información sobre la sostenibilidad del producto, ello permitirá la definición de un

---

responsabilidad medioambiental corporativa en Europa”, en *Revista de Responsabilidad Social de la Empresa*, número 1, Madrid, 2009, pp. 139-159.

<sup>5</sup>GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 8va edición, Editorial Macchi, Argentina, 2006; CAFERRATA, N., *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*, PNUMA-ONU, Argentina, 2013; LORENZETTI, R.L., *Teoría del Derecho Ambiental*, 1ra edición, Editorial Porrúa, México, 2008; PEÑA CHACÓN, M., “El régimen económico y jurídico de los servicios ambientales”, en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho*, número 10, España, 2004, <http://www.cica.es/aliens/gimadus/>; DE BESA ANTUNES, P., *Direito Ambiental*, Editorial Lumen Juris, Brasil, 2010; BELLORIO CLABOT, D., *El nuevo paradigma ambiental y jurídico*, V Foro Ambiental Internacional, Argentina, 2013, pp. 1-24.

marco de acción y apoyo en la implementación y la capacitación técnica.

CALOMARDE<sup>6</sup> señaló que no existe un producto ecológico por sí mismo, sino en función de su comportamiento medioambiental durante todo su ciclo de vida, desde el análisis de las materias primas que lo componen, sus procesos productivos en conjunto, su uso, los residuos generados por su distribución y transporte, y, finalmente, su reutilización o eliminación, asociados al principio precautorio y a la especialidad del daño ambiental en cuanto a su indeterminación en sí mismo más que por sus consecuencias latentes.

A nivel internacional y dada la complejidad de la realización del Análisis del Ciclo de Vida completo, se ha creado la norma ISO 14 040, la misma fue un primer intento de establecer esta evaluación, aunque únicamente a nivel de fabricación de los productos, quedando fuera las fases de uso y residuos de estos. ÁLVAREZ HINCAPIÉ<sup>7</sup> señaló que la certificación ambiental es una garantía a través de una agencia certificadora independiente, la cual asegura que el proceso de producción o el producto cumplen con ciertos requisitos. Esto puede ser útil para promocionar un producto en distintos mercados, para mejorar sus posibilidades de ingreso a estos y (en algunos casos) para hacer que el productor reciba un mejor precio.

Por eso hay clientes (especialmente a nivel internacional) que exigen ciertas certificaciones ambientales, que en caso de no ser cumplidas pueden llevar a la exclusión de la empresa productora. Para lograr este cumplimiento deben desarrollarse actividades de extensión a los productores, técnicos y otros agentes asociados a la cadena productiva. Aunque sean voluntarios y privados, los sistemas de certificación deben estar subordinados a los marcos regulatorios vigentes, así como la representación de los intereses nacionales en cuanto

<sup>6</sup>CALOMARDE, J.V., *Marketing ecológico*, Editorial Pirámide, Madrid, 2000.

<sup>7</sup>ÁLVAREZ HINCAPIÉ, C., "Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial", en *Revista P+L*, Colombia, 2008, pp. 3-37.

a la protección ambiental local. Deben, además, ser complementados con una visión clara acerca de las implicaciones comerciales y las condiciones ambientales para los productores locales, de aquí que se valore su vínculo con la protección y los derechos de los consumidores.

Se considera, entonces, que la certificación ambiental de los productos es un instrumento basado en el mercado que permite a los consumidores pagar una prima por productos elaborados según las normas de manejo sostenible. La adopción de tecnologías sostenibles depende de la existencia de instituciones adecuadas y de cierto nivel de acción colectiva. Sin embargo, es claro que otros factores pueden ser altamente influyentes, como la estabilidad social y las posibilidades efectivas de acceso a recursos económicos y financieros para los productores, como la capacidad económica de los consumidores pueda ser una de las limitantes para el desarrollo de los mercados de productos certificados.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ<sup>8</sup> señaló que en la relación jurídica que aparece entre el sujeto auditor y el auditado tras la sistematización realizada a la auditoría ambiental como institución jurídica, entre sus elementos objetivos se reconoce a la certificación ambiental con la ecoetiqueta a los bienes y servicios producidos por las formas de gestión. En la manifestación trifuncional de la actividad administrativa, la ecoetiqueta refleja, sobre todo, la de fomento ambiental porque hace un producto o servicio competitivo a partir de su calidad ambiental, finalidad eminentemente pública en pos de alcanzar el desarrollo sostenible entre los instrumentos de mercado y comercio en la gestión ambiental.

Desde la perspectiva de la producción forestal, se aprecia cómo la FAO ha señalado que los planes de certificación son instrumentos relacionados con el mercado, dirigidos a la

<sup>8</sup>ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.F., "La auditoría ambiental: una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial", en *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión*, número 26, España, 2015b, pp. 3-27.

ordenación sostenible. La lógica de la certificación es simple: si los consumidores prefieren productos certificados, o si están dispuestos a pagar un precio más elevado por ellos, los productores tendrán, entonces, un incentivo para adoptar prácticas sostenibles que contribuyan a alcanzar el desarrollo sostenible como principio del Derecho Ambiental. En algunos países se certifican los bosques, con la finalidad también de proteger la naturaleza. DE CAMINO y ALFARO<sup>9</sup> señalaban desde el pasado siglo la relevancia que posee la certificación ambiental para los bosques en cada nación y en su cadena de custodia, que permita lograr con ello la sostenibilidad para su manejo ambiental, la protección de la biodiversidad, para mejorar la ruta de acceso a nuevos mercados en pos de obtener mejores prácticas forestales. Esto permitirá un mejor manejo del paisaje, de la contaminación; la protección a las cuencas hidrográficas y a la erosión; la protección a la fauna y a la caza; la diversificación de las especies maderables y no maderables; controlar la reforestación aplicando la ciencia; un mejor control de los límites boscosos.

Autores dedicados al estudio del Derecho Ambiental desde la década de los 90 del pasado siglo hasta el siglo XXI en Hispanoamérica como CAFERRATA, PEÑA CHACÓN, MARTÍN MATEO, LOPERENA ROTA, FERNÁNDEZ DE GATA SÁNCHEZ, ESTEVE PARDO, CLÉMENT, JAQUENOD DE ZOGON,<sup>10</sup> valoran los principios

<sup>9</sup>DE CAMINO, R. y M. ALFARO, *La certificación en América Latina: experiencias hasta la fecha*, Red forestal para el desarrollo rural, Costa Rica, 1998; MARTÍNEZ, A. y S. COLIN, "La certificación ambiental de los bosques en México: reporte preliminar", en *Revista Gaceta Ecológica*, número 67, México D.F., 2003, pp. 1-17.

<sup>10</sup>CAFERRATA, N., "Teoría de los principios del Derecho Ambiental", en *Revista Abeledo Perrot S.A.*, Argentina, 2009; CAFERRATA, N., *Principios del Derecho Ambiental*, Editorial Abeledo Perrot S.A., Argentina, 2010, pp. 7-69; JAQUENOD DE ZOGON, S., *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Editorial Dykinson, Madrid, 1991, p. 372; LOPERENA ROTA, D., *Los principios del Derecho Ambiental*, Editorial Civitas, España, 1998, p. 87; FERNÁNDEZ DE GATA SÁNCHEZ, D., "Principios del Derecho Ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental", en *Boletín Económico ICE*, número 2824, España, 2004; ESTEVE PARDO, J., "Principio de precaución. El Derecho ante la incerteza científica", en *Revista Jurídica*

aplicables a la certificación-etiquetado ambiental; estos incluyen el principio de sostenibilidad, de empoderamiento del consumidor, de prevención, de soberanía, de apertura de mercado, de internalización de costos, de voluntariedad, de viabilidad, de transparencia, de participación ciudadana informada, de objetividad, de incentivo a la innovación científica, de manejo social integral y de temporalidad técnica. Vinculados al principio de que quien contamina pague desde el Derecho Ambiental.

Así mismo, se aprecia cómo varios ordenamientos jurídicos han reconocido que la competitividad en las exportaciones puede asociarse a factores de protección del medio ambiente, a la conservación de los recursos naturales y a la protección de las personas. Será posible agregar con ello valor a los productos o servicios a través de la gestión ambiental, la gestión en salud y en seguridad ocupacional, como la responsabilidad social empresarial. En la globalización, la competitividad es un factor esencial para alcanzar objetivos como el desarrollo económico y social de un país, o bien el crecimiento de una rama de la economía o un conjunto de empresas. Existe un doble desafío: por un lado, el de la empresa privada que deberá ser cada vez más competitiva; y, por otro, el del Estado, que debe asegurarse de que, mientras se fomenta, la empresa privada también contribuya con sus empresas estatales al desarrollo sostenible.

En tal sentido, países de América del Norte como los Estados Unidos de América y Canadá formularon Principios y Directrices para el Etiquetado y la Publicidad Ecológicos de Canadá, para abordar el problema de la veracidad en la publicidad y garantizar la credibilidad de las leyendas ecológicas de la mercadotecnia. Estos principios y directrices se emitieron en 1993 en el contexto de la Ley de Etiquetado y Empacado para el Consumidor y la Ley de la Competencia,

---

*de Catalunya*, número 3, España, 2003, pp. 689-700; CLÉMENT, Z.D., *El principio de precaución en materia ambiental - Nuevas tendencias*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010. Disponible en: [http://www.acader.unc.edu.ar/artprincipiode\\_precaucion.rtf](http://www.acader.unc.edu.ar/artprincipiode_precaucion.rtf); PEÑA CHACÓN, M., "Test de regresividad ambiental", en *Revista Monfragüe Desarrollo Resiliente*, No. 2, España, 2014, pp. 1-33.

las cuales contemplan una serie de prohibiciones en contra de las declaraciones falsas y de las que inducen al error.

También se constata que varias organizaciones privadas y públicas otorgan premios de liderazgo ambiental como reconocimiento a los logros ambientales dentro de compañías. Por ejemplo, conciben los Premios de Liderazgo Ambiental de la Agencia de Protección Ambiental, los que no se limitan al reconocimiento de productos con ventaja ambiental, sino que también se entregan a las compañías que utilizan estrategias innovadoras en materia de manejo ambiental.

Por todo lo señalado, se valora que el etiquetado y la certificación ambiental tienen mucho en común por cuanto a criterios aplicados, resultados esperados y categorías de los productos. Al mismo tiempo, mientras que las etiquetas ambientales se aplican a productos específicos (lavavajillas o productos de papel), la certificación ambiental se aplica cada vez más a los sistemas de gestión ambiental subyacentes que sirven de base para la elaboración de productos específicos, teniendo ambos vínculos con la empresa amigable con el ambiente. Las normas y lineamientos de la ISO 14 000 pretenden estandarizar las metodologías y de esta manera conducir a la armonización y reconocimiento mutuo de programas entre países. Estas normas técnicas voluntarias de gestión ambiental pretenden promover un mejor manejo de los recursos ambientales y proporcionar una serie exhaustiva de normas que puedan aplicarse internacionalmente. La instrumentación de varios estándares normalizados a través de las fronteras nacionales augura el impulso del comercio y la mejora del desempeño ambiental en el mundo a las formas de gestión.

También se analizan las ventajas de los bienes y servicios certificados, toda vez que su adquisición de productos con ventaja ambiental ha observado un aumento constante durante los últimos años. Las empresas públicas empiezan a tomar en cuenta los atributos ecológicos de los productos en sus procedimientos de compra debido a que se apegan a una disposición o consigna específica sobre las adquisiciones verdes. En el caso de las formas de gestión privadas, las empresas incorporan atributos ecológicos, esto las beneficia

de manera directa (mediante costos más bajos durante la vida de los bienes adquiridos), indirectamente (al hacerse de un prestigio ante sus accionistas o clientes) o, con mayor frecuencia, al generarles ahorros en costos de largo plazo.

Las asociaciones civiles valoran cómo se inclina a comprar productos con ventaja ambiental cuando su misión incluye la administración de la calidad ambiental. Asimismo, algunos negocios de venta al menudeo incluyen productos con ventaja ambiental en el surtido de bienes y servicios que ofrecen a sus clientes como consumidores ecológicos. Por lo tanto, se observa cómo ya se van asociando una serie de términos al ecoetiquetado además del desarrollo sostenible y la competitividad ecológica, por un lado, la empresa responsable con el ambiente y, por otro, el consumidor ecológico.

BALDERJAHN<sup>11</sup> definió al consumidor ecológico como una persona consciente de los costes externos generados por la producción, distribución, uso y desecho de productos, que evalúa negativamente tales costes externos y que intenta minimizarlos a través de sus propias elecciones. OTTMAN<sup>12</sup> se refirió al consumidor ecológico como aquel que busca activamente productos que tienen un impacto relativamente mínimo sobre el medio ambiente. SHRUM, MCCARTY y LOWREY<sup>13</sup> consideraron que el consumidor ecológico es aquel cuyo comportamiento está influido por sus preocupaciones ambientales. BAENA y RECIO<sup>14</sup> lo definieron como aquel que es consciente de su responsabilidad ecológica como consumidor y que lo demuestra activamente en sus hábitos de compra.

<sup>11</sup>BALDERJAHN, I., "Personality Variables and Environmental Attitudes as Predictors of Ecologically Responsible Consumption Patterns", in *Journal of Business Research*, vol. 17, United State American, 1986, pp. 51-56.

<sup>12</sup>OTTMAN, J.A., *Green Marketing*, Ntc Business Books, Illinois, Estados Unidos de América, 1993.

<sup>13</sup>SHRUM, L.J.; J. MCCARTY y T. LOWREY, "Buyer Characteristics of green Consumer and their Implications for advertising Strategy", in *Journal of Advertising*, No. 2, Estados Unidos de América, 1995, pp. 71-82.

<sup>14</sup>BAENA KUHFUS, M. y M. RECIO MENÉNDEZ, "Cómo afecta el argumento verde en el marketing de productos de consumo no duradero", en *Harvard Deusto Business Review*, Estados Unidos de América, 1998, pp. 76-88.

Los autores aprecian cómo la etiqueta ambiental ha tenido tradicionalmente su función de publicidad, perfeccionada con la evolución comercial; en la actualidad, la certificación ambiental se materializa mayormente en ella. Se reconoce entonces cómo la ecoetiqueta significa un salto cualitativo de los productos y servicios, e identifica un valor agregado con repercusiones privadas y públicas. Representa ganarse un sector de consumidores, garantiza una connotación de calidad y protección ambiental en general. Tal representación de desarrollo sostenible en la actividad económica, requiere de protección armónica en el ordenamiento jurídico, ya sea público, privado o ambos, cuyo destinatario final es el consumidor ecológico.

Esta etiqueta ambiental es también observada en los procesos de contratación mercantil por los comerciantes; en el proceso de la concertación del contrato, las partes pueden requerir que los productos estén certificados ambientalmente, tal y como se reconoce en los INCOTERMS requeridos en el tráfico mercantil para el producto, o el servicio que se contrate entre las partes, se pacta en el contrato mercantil bajo el principio de libertad comercial. Si las partes solicitan el certificado de origen ambiental a los productos que así lo requieren, será emitido el certificado –fitosanitario y el sanitario– para un comercio sostenible realizado por las instituciones autorizadas para ello como el Ministerio de Salud y el de la Agricultura, y son aplicables las normas ISO 14 000, 19 000 y la 26 000 –certifica el justo comercio– como medidas proteccionistas para la salud humana o animal, o para proteger al medio ambiente. En el mundo empresarial se habla de un mercado verde, donde se potencian productos que cumplen con las exigencias de ser productos o servicios respetuosos con el medio ambiente, vinculadas a la empresa responsable con el ambiente.

Cuba, como nación insular, ha dado pasos para la protección aludida dentro del proceso de actualización económica en el siglo XXI. Sin embargo, hasta dónde hemos llegado, cómo marchamos en cuanto al contexto internacional y cuáles son las perspectivas dentro del ordenamiento jurídico para su regulación, serían estas las interrogantes para la valoración de este autor dada la necesidad de consolidación de un

mercado interno eficiente con mayor proyección al mercado internacional.

### **3. La etiqueta-certificación ambiental en Cuba. Régimen jurídico y organismo de certificación ambiental de la Administración Pública que la otorga**

El siglo XXI inicia dando respuestas a los daños ambientales originados por el cambio climático, trae aparejado que en las diversas áreas geográficas del planeta se preparen los Estados para responder de manera adecuada a este fenómeno natural a través de políticas ambientales “paradigmas”. Cuba, como país insular no está ajeno a tal responsabilidad, por eso desde el pasado siglo XX la calidad de los bienes y los servicios es certificada por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), al amparo de lo que se dispone en la Ley No. 81 de 1997. Hasta ahora se ha dirigido al sector estatal como forma de gestión predominante del país, razón por la cual será el principal enfoque de este análisis.

Esta etiqueta-certificación ambiental ha estado destinada esencialmente al sector turístico, como respuesta estratégica, toda vez que a mediados del siglo XX el turismo se convirtió en un sector significativo para la sociedad mundial y la nación cubana consideró invertir de conjunto con el capital extranjero en la denominada industria sin humo. La nación al concluir la década de los 90 del pasado siglo fomentó el desarrollo turístico, como sector multifacético y de interés económico para el país, se le denominó en ese momento la locomotora de la economía cubana, la que ha continuado su fortalecimiento en este siglo XXI, a pesar de las adversidades del bloqueo económico.

En sí, la actividad económica del turismo comprende una serie de prestaciones cuyo rasgo común más destacado es su predisposición a satisfacer las necesidades peculiares del sujeto que se halla temporalmente fuera del lugar donde reside de forma habitual, por lo que se corresponde con el ecoetiquetado de servicios al momento de su adquisición por los consumidores, en atención a que el turismo foráneo sí tiene una cultura en el consumo de este tipo de productos.

En Cuba se valora que se distinguen dos programas principales: el Aval ambiental y el Reconocimiento Ambiental Nacional, ambos ejecutados por el CITMA, quien es el organismo de la Administración Pública que hace su entrega pública a las formas de gestión. En este proceso de inspección ambiental, se les evalúa el desempeño ambiental en las empresas y constituye un imperativo cuando se trabaja por una certificación; la norma cubana NC-ISO 14 031 se refiere a este proceso evaluativo como: "... un proceso para facilitar las decisiones de gestión con respecto al desempeño ambiental por medio de indicadores, recopilando y analizando datos, evaluando información, reportando, comunicando, revisando periódicamente y mejorando este proceso".

Esta norma señala que la Evaluación de Desempeño Ambiental (EDA) integra tres dimensiones de análisis con indicadores propios: el comportamiento operacional que refleja los resultados ambientales de una entidad, los indicadores de gestión que recogen los esfuerzos que realiza la organización en materia ambiental y los indicadores de situación ambiental que caracterizan el entorno en que se encuentra enclavada la organización.

Se valora que la socialización de la información ambiental no es solo una demanda o una aspiración de los científicos, los técnicos y de los especialistas dedicados a este temática, constituye en sí una necesidad y una contribución a los procesos de mejora que desarrollan las organizaciones empresariales en las formas de gestión para conocer su posicionamiento respecto a la competencia y a las tendencias más reconocidas en el escenario en el cual se desenvuelven, no concebido de manera adecuada por el sector estatal cubano, al ser este el de mayor predominio en el escenario mercantil nacional. Que quizá sea porque solo la producción científica se ha dirigido desde la arista económico-contable y exista poca producción científica desde la ciencia del Derecho y por qué no desde otras ciencias por su multidimensionalidad.

La Constitución cubana de 1976, en relación con estos imperativos, omite la referencia directa a las actividades que por su especial naturaleza se consideran como servicios públicos en la nación, cuya titularidad estatal le imprime un

régimen jurídico especial. Se entraña una norma que delimite de forma taxativa cuáles son los servicios públicos que debe garantizar el Estado, sea prestándolos de forma directa o mediante terceros, sobre la base del uso de construcciones jurídico-administrativas (concesiones y contratos). No obstante, aun cuando no existe reseña expresa de ellos, algunos se pueden colegir de la lectura del texto constitucional, a saber: educación, salud, transporte, comunicaciones, entre otros.

Se considera añadir lo preceptuado en los artículos constitucionales 10 y 27, sobre la protección del medio ambiente para lograr la sostenibilidad ambiental y la necesidad de cumplir con la legislación en la materia ambiental, la necesidad de actualizar la normativa ambiental en la nación cubana. Empero, la situación en Cuba a partir de lo establecido en el Acuerdo No. 5179 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 2004 cuando se decidió organizar, autorizar, ejecutar y controlar, según procedió, los trabajos de certificación de conformidad de los productos, los sistemas de gestión de la calidad, los sistemas de gestión ambiental, los sistemas de gestión de seguridad y salud del trabajo, software, el etiquetado ambiental, la seguridad eléctrica, personas, así como de otros procesos y servicios de importancia para el comercio y la calidad de vida de la población.

Esto permitió establecer, otorgar y retirar las marcas y certificados de conformidad por ella emitidos. Aprobar o denegar la solicitud de otras organizaciones como órganos de certificación de tercera parte, según las atribuciones establecidas en el Decreto-Ley No. 182 de 1998, para conformar en el futuro el Reglamento General de la Etiqueta Ambiental de la República de Cuba, con su adecuado reconocimiento dentro de la Ley de Empresas y en la Ley de Protección y Derechos del Consumidor, ausentes en el ordenamiento jurídico patrio.

En Cuba existen dos esquemas fundamentales que certifican el trabajo ambiental en la industria hotelera, uno es el Aval Ambiental y el Reconocimiento Ambiental Nacional (RAN). El otro es el RAN, es más exigente en cuanto a indicadores y criterios de evaluación. Se rigen por

la Resolución No. 27 de 2000 del CITMA y esta previó dos categorías para su otorgamiento: el Reconocimiento Ambiental Nacional a Nivel Básico y el Sello Distintivo.

TERRY BERRO<sup>15</sup> consideró que el CITMA, mediante la Resolución No. 27 de 2000, puso en vigor el Sistema Nacional de Reconocimiento Ambiental con los objetivos siguientes: distinguir a las entidades ocupadas en la solución de sus problemas ambientales, incentivar la mejora continua del desempeño económico y ambiental de las mismas y prepararlas para la obtención de certificaciones internacionales, cuando existieran condiciones para ello. Cuatro años después, la Resolución No. 135 de 2004 del CITMA la derogó y comenzó a regir el proceso, aun cuando persigue objetivos similares, garantiza un mejor ordenamiento de los procedimientos y propicia la inserción de conceptos en el ámbito internacional como el de la producción más limpia.

Este acto administrativo del CITMA permite prioridades en la aplicación del instrumento, establece penalizaciones, dispone mecanismos reclamatorios y establece políticas de seguimiento y control. Reconoce que aunque este sistema está implementado, existen dificultades que atentan contra los propósitos de lograr una mayor incorporación del sector estatal al proceso. Entre ellas el incumplimiento de las regulaciones ambientales vigentes; la baja disponibilidad de recursos materiales y financieros para la realización de los diagnósticos ambientales y la ejecución de alternativas de solución a los problemas identificados; la calidad insatisfactoria de muchos de los diagnósticos presentados; así como el aún insuficiente nivel de concientización de los directivos de muchas entidades en lo relativo a la estrecha vinculación entre desempeño ambiental y desempeño económico. Siendo los punteros en esta certificación el sector del Turismo, algunas empresas estratégicas y el de prestación de servicios públicos.

<sup>15</sup>TERRY BERRO, C., "Reconocimiento Ambiental Nacional. Cinco años de experiencia", en *Revista Electrónica de la Agencia del Medio Ambiente*, número 9, La Habana, 2005, pp. 1-7.

Se constata que por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) se legitimó la etiqueta ambiental cubana en 2008 a solicitud del CITMA; se daba así en la Isla otro paso vital en el propósito de contar con un atributo que dé a sus productos un lugar de preferencia en el cada vez más competitivo comercio internacional. Pero este no es el único beneficio que tendrán la economía, sus productos y servicios, y los consumidores, tanto extranjeros como nacionales.

La etiqueta ambiental es una marca de conformidad que certifica que los productos están acordes con las normas cubanas y, en su ausencia, con los documentos referentes a la protección del medio ambiente. Permitirá otorgar un distintivo para la diferenciación de los productos verdes y el enfrentamiento de posibles barreras al comercio internacional, así como proporcionar a los consumidores mejor información sobre las repercusiones ambientales de los artículos, sin comprometer por ello la seguridad de estos o de los trabajadores, ni afectar las propiedades que hacen que una mercancía esté apta para el consumo.

Significa que el país está en condiciones para desarrollar e implementar el Programa de Etiquetado Ambiental de la República de Cuba, mecanismo a través del cual se pretende promover el diseño, elaboración, comercialización y utilización de productos con efectos negativos mínimos sobre el medio ambiente en todo su ciclo de vida. Es el escenario favorable para desarrollar e implementar tan importante y necesario instrumento, a partir de la base reglamentaria y normativa, la reanimación de la economía y la atención priorizada que ofrece el Gobierno a la temática ambiental.

Algunos expertos consideran que la etiqueta se basa en el Análisis del Ciclo de Vida del producto (ACV) y supone la concesión de uso de una marca en caso de que el producto o familia de estos cumpla con los criterios ecológicos específicos. Se tendrán en cuenta los elementos que puedan originarse en el ciclo de vida del producto o familia de productos en cuestión, los cuales considerarán la contaminación y degradación del suelo, el agua, la atmósfera, el ruido, el consumo de energía y recursos naturales como el

hídrico, así como la repercusión en los ecosistemas. Las pautas ecológicas estarán a disposición pública con toda transparencia y tendrán validez por tres años.

Las novedades relacionadas con la preservación ecológica han estado, en los últimos años, en las entidades turísticas del país, en particular las instituciones hoteleras, que se interesan por contar en sus servicios de alojamiento con la distinción comercial al estilo de la que puede ofrecerles una etiqueta ambiental. Con la aplicación de este programa deberá asegurar a la economía nacional un vehículo que propicie la mejora continua del desempeño ambiental en todo el ciclo de vida de los productos que obtengan la etiqueta, la cual puede ser solicitada por cualquier persona natural o jurídica que justifique su condición de representante legal de la empresa que fabrica el producto o presta el servicio. Se excluye de solicitar esta etiqueta para los medicamentos y los alimentos, los cuales disponen de otros sistemas de certificación que avalan sus cualidades, según normas internacionales.

La introducción de estos resultados es de gran importancia, ya que muchas empresas preocupadas por el impacto que generan sus actividades sobre el medio natural y el cumplimiento de la legislación ambiental vigente, comienzan por certificar su SGA, y luego se interesan y preocupan por etiquetar sus productos para lo cual podrán ahora acogerse al Programa de Etiquetado Ambiental.

De aquí que se siga ponderando la necesidad de conformar la empresa responsable con el ambiente en el escenario mercantil patrio. Los beneficios serán relevantes tanto en lo económico, lo político como en lo social, ya que en un país donde predomina la voluntad de protección del medio natural, ello contribuye a elevar el nivel de conciencia ambiental y la preferencia por los productos que obtengan la etiqueta. El programa también contribuye a incrementar la competitividad de las exportaciones con empresas amigables con el ambiente. Con la oficialización internacional de la etiqueta, Cuba se convirtió en el tercer país en la región que cuenta con un programa de este tipo.

La etiqueta ambiental de un producto a partir del programa nacional debe responder a los criterios establecidos por el país, ser transparente y sometida a acuerdos bilaterales y/o multilaterales de reconocimiento, como puede ser el de la Red Mundial de Eco-etiquetado, conocida por sus siglas en inglés: GEN. Los Programas de Etiquetado Ambiental Tipo I no son muy abundantes en América Latina. Existen en Estados Unidos, Europa y Asia, y forman parte de la Red Mundial de Eco-etiquetado, con 32 países miembros y sede rotativa, la cual radica ahora en Japón.

Se analiza entonces que, a más de un decenio del siglo XXI de aparecer entre los órganos del Estado la Contraloría General de la República como el órgano de control supremo, al regularse la auditoría ambiental en el Reglamento de la Ley No. 107 de 2010, no se estableció la certificación ambiental de los bienes y prestación de servicios dentro de las formas de gestión luego de ejecutarse la función auditora, a pesar de que el CITMA lo ha venido ejecutando a través de la potestad inspectora en la nación, solo que en un pequeño sector de interés económico como se ha citado en el desarrollo del artículo.

Se valora en el plano jurídico que en la auditoría ambiental patria se omitió por parte del legislador la certificación ambiental al concluir el proceso evaluador, usada en el resto de la doctrina consultada en la región de Iberoamérica y en el resto de los países constatados por los beneficios que como valor agregado trae para el comercio interno y el foráneo a los empresarios de las formas de gestión estatal y privada para transitar de la certificación de la calidad hacia la ambiental.

También se aprecia cómo en la nación cubana, dentro del Derecho interno, el control ambiental se ejecuta a través de la potestad inspectora, la fiscalización, el control gubernamental y la auditoría ambiental, en relación con los principios rectores del Derecho Ambiental por los órganos y organismos del Estado a través de la obtención de los títulos habilitantes o por designación como funcionarios públicos en los organismos de la Administración Pública que controlan la política ambiental patria.

Con la actualización del modelo económico y social cubano en el siglo XXI, se considera que demanda un éxito empresarial que permita la sustitución de importaciones, lo que significa crear riquezas, las que no podrán ser alcanzadas sin que todas las esferas marchen de forma coordinada y no avancen unas en detrimento de otras. La década del 80 del siglo pasado señaló que el éxito de la empresa estatal se alcanzaba con el logro de la marca estatal de calidad de sus productos; el actual siglo mide no solo en volúmenes productivos, sino la eficiencia y eficacia de la gestión lo que implica que ningún subsistema sea afectado, la que no podrá ser evaluada si no se aplica la auditoría ambiental por la CGR a las formas de gestión del sector estatal por ser estas las mayoritarias y se certifiquen ambientalmente.

SANZ LARRUGA<sup>16</sup> señaló: "... la empresa estaba acostumbrada al conflicto intraempresario –es decir, al conflicto entre patrón, empleador y trabajador, conflicto de derecho del trabajo– y al conflicto inter-empresario –de derecho comercial, conflicto con el cliente y con el proveedor–. De pronto se ve inmersa en otro tipo de conflicto, de base social, porque el Derecho Ambiental es un derecho de grupo, de clase, de categoría, ligado a una pluralidad de sujetos integrantes de un grupo, vinculados en virtud de una pretensión de goce de una misma prerrogativa, al ser un derecho de goce, disfrute y afectación solidaria”.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ<sup>17</sup> señaló que la política del Estado y del Gobierno en el siglo XXI entroniza la esfera ambiental no solo como escenario de todas las actividades del país, sino como el preciado objeto de protección y conservación para lograr la

<sup>16</sup>SANZ LARRUGA, F., *Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿Nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible*, VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 2011.

<sup>17</sup>ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.F., “La auditoría ambiental: Una revisión y propuestas en clave de su función pública y dimensión empresarial”, en *Revista Iberoamericana de Contabilidad de Gestión*, No. 26, España, 2015b, pp. 3-27.

sostenibilidad en la actualización del modelo económico. Se destaca que el logro empresarial en estos momentos de actualización del modelo económico y social se alcanzará con el reconocimiento dentro de las formas de gestión estatal en el sector estatal cubano de su condición ambiental y no solo por el respeto y el cumplimiento de los planes técnico-económicos como se ponderaron en el pasado siglo XX.

Desde estos enfoques, el éxito empresarial de las formas de gestión del sector estatal no se deberá tener en cuenta solo por cifras de los productos finales y la satisfacción de las necesidades del país, sino en la calidad del proceso productivo en el que la dimensión ambiental esté presente y deba ser altamente considerada al momento de entregar la certificación ambiental al concluirse la auditoría.

En Cuba, los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VII Congreso del Partido Comunista, cuyo fin es actualizar el modelo económico como objetivo para garantizar la continuidad e irreversibilidad del sistema social, contribuirán al desarrollo económico y, a la vez, elevar el nivel y calidad de vida de la población conjugados con la necesaria formación de valores éticos y políticos de los ciudadanos, por ser considerados de suma importancia en la práctica de la auditoría ambiental como meta para lograr el desarrollo sostenible y el bienestar social.

Todas estas formulaciones permiten tomar posición en relación con el desarrollo de la forma de gestión estatal cubana con la empresa responsable con el ambiente integradora de la política dentro de la actualización del modelo económico en el sector estatal cubano, donde la implementación de las herramientas de gestión en su conjunto por parte de la Contraloría General de la República (CGR) y el CITMA juegan un rol esencial para que el país promueva la certificación ambiental con la etiqueta ambiental, pero le corresponderá a la CGR esta decisión, toda vez que el CITMA es quien acompañará en esta certificación a la CGR, tal y como se dispone en la Ley No. 107 de 2009 y su Reglamento de 2010, aún no contextualizadas de una manera adecuada.

Para ello se estima que la ejecución de la auditoría ambiental permitirá lograr empresas eficientes y competitivas en el mercado al aplicarse los resultados de la ciencia, las tecnologías, la innovación en el cuidado de los recursos naturales a través de acciones protectoras del entorno, del patrimonio y de la cultura de la nación cubana.

Es necesario, entonces, continuar el trabajo desarrollado para perfeccionar las condiciones organizativas, las jurídicas e institucionales que se emplean para establecer los tipos de organizaciones económicas que garanticen la combinación de la fórmula I+D+C+(EA) para lograr un desarrollo rápido y eficaz de nuevos productos y servicios, con estándares de calidad y de la gestión comercializadora interna y exportadora, requeridos hoy de una evaluación por esta tipología de auditoría que permita concluir con la certificación ambiental, factores estos que contribuirán a una mejor apertura dentro del mercado en materia de competencia a las formas de gestión del sector estatal cubano como valor añadido a través de la empresa responsable con el ambiente.

En Cuba, la Oficina de Normalización del CITMA ha señalado la necesidad e importancia de que las formas de gestión se inserten en el sistema de etiquetado-certificación ambiental por su valor para el comercio y la protección del medio ambiente. También, otros autores desde las ciencias contables como FERNÁNDEZ COMPANIONI<sup>18</sup> y TRIANA CORDOVÍ, han señalado la necesidad de que las formas de gestión en la nación cubana transiten a otro nivel, el de la calidad ambiental hacia la certificación ambiental, valorando el costo-eficiencia desde la dimensión ambiental.

<sup>18</sup>FERNÁNDEZ-COMPANIONI, A., "La empresa cubana, la competitividad, el perfeccionamiento empresarial y la calidad", en *Anuario de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, volumen IV, Universidad de Oriente, 2012; TRIANA CORDOVÍ, J., "La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas. Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo?", en *Revista Electrónica de Contabilidad y Finanzas*, COFIN, La Habana, 2013, <http://www.cofinhab.uh.cu/>.

ANTÚNEZ SÁNCHEZ<sup>19</sup> consideró que le corresponderá definir la política tecnológica para reorientar el desarrollo industrial de la nación, el control de las tecnologías en uso en el país y las nuevas que sean adquiridas, a fin de promover su modernización sistemática con atención a los análisis de la eficiencia energética, la eficacia productiva y el impacto ambiental que estas puedan generar, factores estos que contribuirán a elevar la soberanía tecnológica en las ramas estratégicas en la actualización del modelo económico del sector estatal.

No obstante, hay organismos de la Administración Pública en la nación cubana que dan pasos de avances en este sentido como son el Ministerio de Turismo, la industria productora de medicamentos, la industria eléctrica y la del petróleo. Pero aún se valora que no ha sido asimilada de manera adecuada la implementación de la etiqueta-certificación ambiental en las formas de gestión del sector estatal por parte del Ministerio de la Agricultura (implementación de las agroecologías), la industria de alimentos, entre otros ministerios, lo que permitirá seguir profundizando en el futuro sobre la relevancia de este tema que permita con ello el progreso económico a Cuba en su actualización de su modelo económico y social con la implementación de los lineamientos aprobados y actualizados en el pasado VII Congreso del Partido Comunista.

#### **4. Conclusiones**

El sistema de referencia mundial ha sido la etiqueta del *Ángel Azul*, su origen fue en Alemania, con más de treinta años en su aplicación. Fue creada con el objetivo de proteger al bien público ambiental, de aquí que muchos Estados lo tomen como referente dentro de sus sistemas aplicados a las formas de gestión estatales o privadas. Permite establecer el crecimiento económico en correspondencia con el nivel de

<sup>19</sup>ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A.F., “La auditoría ambiental, nexo con la empresa amigable con el ambiente. Desarrollo sostenible”, en *Revista de Auditoría Pública*, número 65, España, 2015a, pp. 1-20.

calidad de vida del ser humano y la preservación del ambiente.

El interés creciente de los consumidores para adquirir productos respetuosos con el ambiente permite la oportunidad de su presencia en los mercados para que las formas de gestión se certifiquen como empresas responsables con el ambiente para ser más competitivas, ejecutada a través del control ambiental. El objetivo primordial es obtener beneficios económicos añadidos, con regulación y control, que permitan reforzar la imagen de la marca dentro del marketing ecológico.

Las formas de gestión en el mercado tienen en cuenta que las administraciones públicas participan en la entrega de la concesión de la etiqueta ecológica, otorgando su reconocimiento oficial a través del distintivo aprobado por cada país, lo que le permite posicionarse de forma más ventajosa en la contratación pública en la lucha por proteger al bien público ambiente.

La etiqueta-certificación ambiental en el ordenamiento jurídico cubano es un acto administrativo cuya potestad recae en el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, organismo de la Administración Pública quien al amparo de la potestad inspectora hace la entrega a las formas de gestión estatal del país consideradas como sujetos estratégicos para el desarrollo del comercio internacional a través de este reconocimiento. Su naturaleza jurídica es reglada, se sustenta en la Ley No. 81 de 1997 y en la Resolución No. 135 de 2004, como en las normas complementarias ISO (tipo I).

El empresario cubano dentro de las formas de gestión no tiene aún una cultura ambiental adecuada, que pondere el uso de la etiqueta-certificación ambiental dentro de las formas de gestión, que le permita el acceso a mercados más exigentes dentro y fuera de la nación. Incide de forma desfavorable la obsolescencia y heterogeneidad de la empresa y la industria con más de cincuenta y cinco años de explotación. Elemento válido para el consumidor, el que tampoco goza de una

cultura adecuada en materia de certificación ambiental al ejecutar sus compras en el mercado interno.

La Contraloría de la República de Cuba, al amparo de lo que se dispone en el Acuerdo del Consejo de Estado de 2010, como Reglamento de la Ley No. 107 de 2009, no establece la certificación ambiental al concluir la auditoría ambiental. La Administración Pública cubana continúa ponderando la calidad y no la certificación ambiental, lo que impide conformar la empresa responsable con el ambiente dentro de las formas de gestión en el siglo XXI. Contradictorio con lo que se reconoce en la doctrina y en la legislación foráneas respecto a la etiqueta-certificación ambiental.

# Cuidar de los hijos y las hijas: ¿Derecho irrenunciable e indelegable? Una reflexión a propósito del cuidado compartido

Recibido el 18 de abril de 2016

Aprobado el 4 de junio de 2016

**MSc. Neylia L. ABOUD CASTILLO**

*Profesora Titular*

*Universidad Centroamericana, Nicaragua*

## RESUMEN

*Se intenta ofrecer una respuesta a la interrogante de si es posible delegar o renunciar al cuidado personal de los hijos y las hijas mediante acuerdos entre sus progenitores, en el sistema relacional de tuición compartida, promotor de amplias bondades para el desarrollo de los hijos, las hijas y las familias en general que privilegia la adopción de acuerdos entre el padre y la madre, los que han tenido una gran acogida legislativa, quedando colocados frente al replanteamiento teórico que cuestiona tradicionales características de la autoridad parental y de uno de sus atributos que es cuidar de los hijos e hijas. Para solventar el asunto se reflexiona sobre renuncia de derechos, delegación de potestades, acuerdos en sede notarial y homologaciones judiciales.*

## PALABRAS CLAVES

*Familia, cuidado compartido, indelegabilidad, renuncia, acuerdos.*

## ABSTRACT

*This paper is an attempt to answer the question on whether it is possible to delegate or renounce to children personal care by means of agreements among their parents, in the relational system of shared custody; which offers wide benefits for the*

*development of children and families at large, giving privilege to getting to agreements between the father and the mother; which have been very well accepted from the legislative perspective, facing a theoretical rethinking that questions the traditional characteristics of parent authority and one of its attributes; which is children care. In order to solve the question, a reflection is made on relinquishment of rights, delegation of powers, notarial agreements and judicial approvals judiciales.*

## KEY WORDS

*Family, shared custody, impossibility of delegating, relinquishment, agreements.*

## SUMARIO:

**1. El cuidado compartido: catalizador de reflexiones teóricas en torno a la autoridad parental. 2. ¿Renuncia y delegación del cuidado de los hijos e hijas?: el control de autoridad pública. 3. Adopción de una postura, debatible pero sustentada. 4. Límites para los acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas. Especial referencia a los acuerdos notariales. 5. Ideas conclusivas.**

### **1. El cuidado compartido: catalizador de reflexiones teóricas en torno a la autoridad parental**

El cuidado compartido de los hijos y las hijas menores de edad, tras la separación de sus progenitores, es un régimen relacional que ha alcanzado amplio reconocimiento legislativo,<sup>1</sup> consolidación doctrinal y jurisprudencial en

<sup>1</sup>Para conocer sobre la regulación del cuidado compartido en EUA, donde se instauró por primera vez en el año 1973 con la aprobación, en el estado de Indiana, del “Estatuto de custodia conjunta” y para un panorama de las legislaciones de Canadá, Suecia y Francia, *vid.* IBÁÑEZ VALVERDE, Vicente, “El laberinto de la custodia compartida, claroscuros de un solo nombre con varios significados”, s/f., pp. 3, 8, 9, en <http://www.psicojurix.com/pdf/ellaberintoCC.pdf>, consultado el 12 de febrero de 2016; para estudios comparativos de la guarda compartida en Brasil, Italia, España, Francia, Gran Bretaña y Gales, Alemania y EUA, *vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída,

“La guarda compartida. Una visión comparativa”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, México, 2012, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr10.pdf>, consultada el 12 de agosto de 2015, *passim*; para conocer sobre la custodia compartida en los contextos de Chile, Brasil, Paraguay, Uruguay, *vid.* LLOVERAS, Nora, Olga ORLANDI y Gabriel TAVIP, “Comentarios a los artículos 638 a 671”, en *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo IV, Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, Marisa HERRERA y Nora LLOVERAS (directoras), Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, pp. 117-123; sobre el estado de los ordenamientos jurídicos de Francia, Alemania, Suecia, Holanda, Australia, Italia y Canadá, *vid.* LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, pp. 313-347; también sobre las leyes de los estados de California, Iowa, Missouri y Montana, así como de Alemania, Francia, Italia y Suecia, *vid.* CLAVIJO SUNTURA, Joel Harry, “El interés del menor en la custodia compartida”, Tesis doctoral (inédita), Salamanca, 2008, pp. 120-128, disponible en el repositorio documental de la Universidad de Salamanca, en [http://hdl.handle.net/10366/18496\\_salamanca](http://hdl.handle.net/10366/18496_salamanca), consultada el 15 de enero de 2016. En América Latina la regulación del cuidado compartido ha sido: en **Perú**, Ley No. 29269, “Ley que modifica los artículos 81 y 84 del Código de los niños y adolescentes, incorporando la tenencia compartida”, de 17 de octubre de 2008; en **Brasil**, Ley No. 11698 de 13 de junio de 2008, “Altera os artículos 1.583 e 1.584 da Lei No. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, publicada en el *Boletín Oficial*, el 16 de junio de 2008, y Ley No. 13.058, de 22 de diciembre de 2014, Altera os artículos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei No. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão ‘guarda compartilhada’ e dispor sobre sua aplicação”, publicada en el *Boletín Oficial* el 23 de diciembre de 2014 y rectificada el 24 de diciembre de 2014; en **México**, “Reforma del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal”, publicada en *La Gaceta Oficial* No. 434, del Distrito Federal, de 3 de octubre de 2008; en **Puerto Rico**, Ley No. 223, de 21 de noviembre de 2011, “Ley protectora de los derechos de los menores en los procesos de adjudicación de custodia”; en **Chile**, Ley No. 20.680, “Ley que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados”, publicada el 21 de junio de 2013; en **Argentina**, *Código Civil y Comercial de la nación Argentina* (CC y C), aprobado por Ley No. 26.994, promulgado por Decreto No.1795/2014 y publicado en el *Boletín Oficial* No. 32.985 de 8 de octubre de 2014; en **Bolivia**, *Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia*, Ley No. 603, publicado en la *Gaceta Diario Oficial* del Estado plurinacional de Bolivia, No. 0702, el 24 de noviembre de 2014. En el sistema legal español se incorpora el ejercicio compartido de la custodia, mediante la Ley No. 15/2005, de 8 de julio de 2005, “Ley por la que se modifican el Código Civil español y la Ley de Enjuiciamiento Civil española en materia de separación y divorcio”, publicada en el *BOE* No. 163

América y Europa, lo que expresa la opción por un modelo que propende a privilegiar el interés superior del niño, niña y adolescente, el derecho a la coparentalidad y el derecho a vivir en familia.

La guarda compartida (como también se le denomina) es un modelo jurídico renovador, no solo por la nueva forma en que concibe las relaciones parentales, sino, además, porque invita a revisar, para reelaboración, terminologías y categorías familiares que le son afines.

Uno de los aspectos que se privilegia con la instauración del cuidado compartido es la adopción de acuerdos entre madre y padre para distribuir entre estos funciones de la responsabilidad parental una vez que han dejado de convivir, como consecuencia de la ruptura marital. Esta circunstancia motiva a reflexionar sobre el alcance que tiene la autonomía privada en estos acuerdos, no solo por el valor que ello tiene para comprender el funcionamiento del modelo de cuidado compartido, sino, también, por el espacio jurídico que deja abierto para adoptar una amplia gama de acuerdos sobre el cuidado de los hijos y las hijas, sea unilateral o compartido y para autorizaciones y

---

de 9 de julio de 2005, pp. 24458 a 24461, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11864>, consultada el 3 de febrero de 2016. Sobre esta Ley pesó una declaración de inconstitucionalidad para la expresión “favorable” consignada en el numeral 8 del artículo 92. También en el contexto español se reconoce el cuidado compartido en las leyes autonómicas de Aragón, Cataluña, Valencia, Navarra y el País Vasco: *Código Foral de Aragón*, Real Decreto Legislativo No. 1/2011 de 22 de marzo, “Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo”; Ley No. 25/2010 de 29 de julio, “Del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia”, publicada en el *BOE* No. 203 de 21 de agosto de 2010, pp. 73429-73525 y publicada en el *DOGC* No. 5686 de 5 de agosto de 2010; Ley No. 5/2011 de 1ro. de abril, Valencia, “Ley de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”, publicada en el *BOE* No. 98 de 25 de abril de 2011, pp. 41873 a 41879; Ley Foral No. 3/2011 de 17 de marzo, Navarra, “Ley sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra”, *La Ley* No. 5621/2011; Ley No. 7/2015, del País Vasco, “De las relaciones familiares en supuestos de separación o rupturas de los progenitores”, disponible en *La Ley* No. 11513/2015.

delegaciones a terceros sobre el ejercicio de la responsabilidad parental.

Esta apertura contemporánea, que tiende a buscar soluciones colaborativas entre los padres respecto del cuidado de los hijos e hijas comunes, con lo cual esta autora coincide en línea de base, lleva a cuestionar si por la vía de estos acuerdos es posible renunciar y delegar la autoridad parental, o alguno de sus atributos, haciendo que aquellos caracteres tradicionales –indelegabilidad e irrenunciabilidad– propios de aquella categoría familiar, se encuentren modernamente socavados. Y es sobre este tema que va el actual escrito.

Vaya por delante la aclaración de que el asunto presentado se conecta con otro de mayor envergadura que es la disponibilidad o no de los asuntos de familia.<sup>2</sup> El análisis global de este aspecto escapa a los propósitos de este trabajo, el que se centrará únicamente en el alcance de los acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas, y si la función del cuidado es delegable y renunciabile.

## **2. ¿Renuncia y delegación del cuidado de los hijos e hijas?: el control de autoridad pública**

¿Podiera ser objeto de acuerdo entre madre y padre que uno de ellos renuncie a favor del otro progenitor el ejercicio del cuidado de los hijos e hijas comunes? En la práctica jurídica se encuentra este tipo de acuerdos entre los padres, incluso otros en los que se decide la separación de los hermanos, como una forma de “distribuirse” el cuidado de los hijos e hijas al concluir la relación marital y se documenta, por ejemplo, que los hijos varones quedan a cargo del padre y las hijas a cargo

<sup>2</sup>Para estudios sobre autonomía de la voluntad y orden público, *vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Derechos humanos y Derecho de familia”, en *Derechos constitucionales y Derechos fundamentales de la familia*, André Jean ARNAU (coordinador), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 67-69, y HERRERA, Marisa, *Manual de Derecho de las Familias*, 1ra edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 20.

de la madre.<sup>3</sup> Estas son lamentables realidades que acontecen en contextos donde los altos índices de pobreza, unido a la existencia de familias de prole numerosa, son factores de riesgos que combustionan a prácticas familiares no deseables en el esplendor del siglo XXI. Ante esta realidad, el Derecho y las instituciones del Estado y la implementación de políticas públicas, tienen el desafío de actuar y encontrar mecanismos para disuadir.

Uno de estos mecanismos disuasivos desde el Derecho, es el control que se hace en sede judicial a todos los acuerdos sobre cuidado personal de los hijos e hijas y la labor pedagógica en la actuación familiar. Las homologaciones de acuerdos, o en su caso la invitación conciliatoria que hace la autoridad familiar a ambos padres, son el cauce indicado para ejercer el control de autoridad pública, cuyo propósito es velar porque se respete el interés superior de los hijos e hijas y no se separe a los hermanos y hermanas, salvo causas excepcionales que así lo aconsejen. Esta función de la judicatura debe desarrollarse con altísima responsabilidad jurídica, humana y social.

Un ejemplo de cómo la autoridad judicial ejerce el debido control de estos acuerdos, se tiene de un caso resuelto por el Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, Costa Rica, al resolver lo siguiente: "... tampoco se debe aprobar el

<sup>3</sup>Para países de América Latina cuyas estructuras familiares son extensas, existe el riesgo de instaurar una práctica de "distribuirse a los hijos y a las hijas", como consecuencia de las separaciones y divorcios. Un estudio realizado por esta autora, a 54 sentencias en Nicaragua, durante el año 2015 y primer bimestre de 2016, revela que esta realidad no es poco infrecuente y se advierte que el problema se agudiza cuando "la distribución" es una práctica familiar instaurada por años, de forma que, cuando el asunto es conocido por el Juzgado de familia se presenta la disyuntiva de determinar qué es lo que en ese caso concreto favorece mejor el interés superior. La opción del legislador del País Vasco, en la Ley No. 7/2015 debe ser un referente en este punto. En su artículo 9.7 expresamente regula: "*salvo circunstancias que los informes anteriores así justifiquen, no se adoptarán soluciones que supongan la separación de los hermanos y las hermanas*".

acuerdo de que solo el padre ejerza los atributos de la crianza y de la educación del niño, pues eso implica una sanción para la madre y para el propio niño, sin que exista mérito para ello. La suspensión de cualquier atributo de la autoridad parental sí debe ser dispuesta por un Juez, previa oportunidad de defensa (...) se revoca la resolución de primera instancia y en su lugar se aprueba parcialmente el acuerdo adoptado por los progenitores...”<sup>4</sup>

Otra sentencia, que también ilustra sobre el rol protagónico que tiene del juzgador en la refrenda de la responsabilidad parental y sus atributos, es la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22da, la cual resolvió modificar el ejercicio de la “patria potestad”<sup>5</sup> respecto de una niña de 4 años con su padre. La situación fáctica resuelta fue que al producirse la separación de pareja, el padre quedó viviendo en Alemania y la madre junto a su hija en Ibiza.

Al pasar de los años, el padre solicita mantener un régimen de comunicación con su hija, a lo que la madre se opone alegando que al separarse firmaron un convenio regulador donde a ella se le atribuía la “patria potestad”. La sentencia aclara que lo acordado en el convenio fue respecto del ejercicio de la patria potestad y no sobre su titularidad y así falla: “... nada, por lo tanto, podía decidirse sobre la renuncia

<sup>4</sup>Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, Costa Rica, Sentencia 00142 de 18/02/2015 de las 9:18 a.m., expediente: 14-000448-0687-FA, en Sistema Costarricense de Información Jurídica, en [www.pgrweb.go.cr/scij](http://www.pgrweb.go.cr/scij), consultada el 27 de enero de 2016. En Nicaragua también se ubican sentencias ejemplificantes del debido control judicial de los acuerdos entre ambos padres, *vid.* Juzgado primero del Distrito de Familia de la Circunscripción de Managua, Sentencia 0115 de 11/04/2016 de las 10:20 a.m., No. de asunto 008060-ORM5-2015-FM; y del propio Juzgado, la Sentencia 0001 de 7/1/2016 de las 3:51 p.m., No. de asunto 006195-ORM5-2015-FM, ambas sentencias disponibles en Sistema de Gestión de Despacho, Nicaragua.

<sup>5</sup>Aunque esta autora considera que el término “patria potestad” debe ser superado por el de “autoridad parental” o “responsabilidad parental”, lo mantiene en la dicción de la cita porque con esa locución se regula en el contexto español y se ha querido ser fiel a la fuente de información.

de la titularidad de la patria potestad –no disponible por las partes– porque nada sobre ello se podía pactar y siendo aprobada, en consecuencia, exclusivamente la medida sobre el ejercicio exclusivo de la misma por la madre ahora apelante (...) el restablecimiento de la patria potestad a favor del padre sobre la menor lo es claramente respecto del ejercicio de la misma, pues ambos progenitores ostentaban la patria potestad compartida de la niña”<sup>6</sup>.

### 3. Adopción de una postura, debatible pero sustentada

En opinión de esta autora, el cuidado personal de los hijos y las hijas, como atributo de la autoridad parental, no es un derecho subjetivo de los progenitores que por tal admita renuncia, sino que cuidar de los hijos y las hijas es un atributo de ley, una potestad<sup>7</sup> que está conferida desde la ley para que se ejerza en función del interés superior del niño, niña y adolescente, lo que por definición corresponde esencialmente y de forma compartida, a la madre y al padre, salvo que las circunstancias del caso aconsejen otra cosa, lo que ha de ventilarse y decidirse ante la autoridad judicial. Bajo este

<sup>6</sup>Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22da, Sentencia No. 29 de 16/01/2014, rec. 1810/2012, en <http://vlex.com/vid/-495807186>, consultada el 3 de marzo de 2016.

<sup>7</sup>Para la distinción entre derecho subjetivo, potestad y facultad se rememora la teoría de los derechos subjetivos desarrollada en Alemania, entre otros por WINDSCHEID (con la teoría de la voluntad) e IHERING (teoría del interés), también por SAVIGNY, KANT y HEGEL. Más cercano en el tiempo y repasando las tesis de aquellos autores se ha definido potestad, como “un poder jurídico de tal naturaleza que la autoridad que comporta se usa, no al arbitrio de su titular, sino para cumplir ciertas finalidades en interés o beneficio ajeno, y entonces debe ser ejercitada cuando el caso lo requiera. Por ejemplo, la patria potestad, o la potestad tutelar (...) el albaceazgo...”, *vid.* LACRUZ BERDEJO, José Luis, Agustín LUNA SERRANO y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *Parte General del Derecho Civil*, tomo I, vol. III, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, p. 87. También, CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, 1ra edición, tomo I, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1952, pp. 13-43. En Cuba, sobre igual definición, *vid.* VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “La relación jurídica civil”, en *Derecho Civil. Parte General*, Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ (coordinadora), Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, pp. 84-99.

postulado, ha de asumirse que cuidar de los hijos y las hijas es un deber jurídico de orden público que no podría ser modificado por la autonomía privada y que solo en los supuestos que la misma ley permita cabría delegar o autorizar<sup>8</sup> su ejercicio a terceros.

Esta posición que asumimos se apoya en los estudios que sobre renuncia de los derechos ha realizado CANO MARTÍNEZ DE VELASCO los que, aunque se enrumban al ámbito patrimonial, aportan conceptos neurales para el caso que ocupa, tras lo cual se sostiene que la renuncia es un acto jurídico que supone la titularidad de un derecho disponible –lo que no acontece en la categoría de la autoridad parental– y como explica este autor, los derechos subjetivos para que sean tales no pueden ser indisponibles, y así enfatiza: “es posible hablar de renuncia cuando el objeto de ella es un derecho subjetivo o una situación jurídica compleja de lo que quedan excluidos los derechos potestativos por su indisponibilidad”<sup>9</sup> y ejemplifica como situación jurídica compleja, los casos del albaceazgo y las facultades del mandatario.

Cuestión distinta a la renuncia es la posibilidad de delegar el ejercicio de la autoridad parental. Los deberes se delegan, los derechos se renuncian y siendo que el cuidado de los hijos e hijas es un deber jurídico, teóricamente encuentra apertura la autonomía privada para delegarlo, pero siempre bajo circunstancias permitidas en ley, por su matiz de institución de orden público. Ejemplos normativos sobre la posibilidad de delegación del cuidado personal de los hijos e hijas se encuentran en el Código Civil y Comercial de Argentina (CC y C) al admitir la delegación a terceros (artículo 643) y la delegación en el progenitor afín (artículo 674), y también en el Código de

<sup>8</sup>La autorización es el término que se ocupa para explicar las adopciones por consentimiento. Es asunto polémico discernir si en materia adoptiva se trata de autorización o renuncia de derechos, o de actos jurídicos “en dos planos o dos tiempos”. Este asunto desborda los espacios de este trabajo, pero de ello se advierte un nicho de interés investigativo.

<sup>9</sup>Vid. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. Ignacio, *La renuncia a los derechos*, Editorial Bosch, Barcelona, s/f, pp. 12, 26, 32 y 35.

Familia de El Salvador<sup>10</sup> se admite la delegación a parientes (artículo 216). En ambos casos, las delegaciones tienen la característica de ser temporales y por circunstancias justificadas que la propia ley plantea. Ambas normas hacen justicia a la experiencia social que dice no ser poco frecuente que el cuidado de los hijos y las hijas se confíe, temporalmente, a parientes o terceros afectivamente vinculados.

#### **4. Límites para los acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas. Especial referencia a los acuerdos notariales**

La siguiente cuestión que deriva de la reflexión que nos ocupa es cómo garantizar que aquellas características –irrenunciable e indelegable (por regla)– que acompañan al atributo de cuidar de los hijos y las hijas sea respetado en los acuerdos entre padre y madre.

En primer término cabe definir, por obvio que pareciera, que los acuerdos sobre el cuidado de los hijos e hijas no son contratos, contrario a lo que sostiene GONZÁLVEZ VICENTE, para quien “... el convenio regulador tiene naturaleza jurídica contractual por lo que cabe la posibilidad de lograr la nulidad de los convenios por las mismas razones que se anulan los contratos”.<sup>11</sup>

En opinión de esta autora, tales acuerdos están carentes de contenido patrimonial, que es el elemento característico del negocio jurídico contractual.<sup>12</sup> El convenio regulador, o los planes de parentalidad, como también se le conocen, o simplemente acuerdos,<sup>13</sup> deben entenderse como una

<sup>10</sup>Código de Familia de la República de El Salvador, Decreto No. 677, publicado en el *Diario Oficial*, No. 231, tomo 321, de 13 de diciembre de 1993.

<sup>11</sup>*Vid.* GONZÁLVEZ VICENTE, *cit. pos* CLAVIJO SUNTURA, J.H., *El interés del menor...*, *cit.*, p. 91.

<sup>12</sup>*Vid.* Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 5ta edición, tomo II, Editorial Civitas, Madrid, 2008, p. 236.

<sup>13</sup>Distintas denominaciones legislativas se han concedido para definir lo mismo: planes de parentalidad (se denominan en el CC y C), convenios

propuesta que se hace a la autoridad judicial para que, previo los controles de autoridad pública, proceda bien a su homologación, reforma o denegación. En todo caso se trataría de un negocio jurídico familiar bilateral con eficacia relativa, por cuanto los efectos ante terceros dependerán de la homologación que haga la autoridad judicial para que despliegue sus efectos jurídicos. Enfatizando esta naturaleza se han pronunciado distintas sentencias de las audiencias provinciales de España.<sup>14</sup>

En segundo término, se considera que a lo que debe prestarse atención es a que estos acuerdos estén requeridos del control de autoridad pública, lo que suele garantizarse normativamente por vía de las homologaciones judiciales, o cuando dichos acuerdos se adoptan durante el proceso judicial. La función jurisdiccional se encamina a tutelar el interés superior del niño, niña y adolescente, y si fuera el caso, de otro miembro de la familia en situación eventual de vulnerabilidad. Ejemplos sobre la posibilidad de adoptar acuerdos sobre el cuidado de los hijos e hijas para ser homologados en sede judicial se ubican en: España (Ley No. 15/2005, artículo 92), Argentina (CC y C, artículo 651), Bolivia (Código de las Familias y del Proceso Familiar, artículo 217), Perú (Ley No. 29269/2008, artículo 81) y Nicaragua (admite adoptar acuerdos en sede judicial y en sede administrativa (Código de Familia de Nicaragua, artículos 433 y 434).

Otro es el escenario que plantea el contexto jurídico salvadoreño y el chileno. En los ordenamientos jurídicos de

---

reguladores (se definen en España) o simplemente acuerdos en sede notarial (se denominan en Chile, Colombia, Cuba, El Salvador), o bien acuerdos documentados en resoluciones judiciales que resuelvan el caso, o en las actas administrativas, cuando esta vía se franquee (esta última sede se admite en Chile, El Salvador y Nicaragua).

<sup>14</sup> Vid. CLAVIJO SUNTURA, J.H., *El interés superior...*, cit., pp. 92 y 93, en este espacio se ubican referencias a numerosas sentencias del Tribunal Supremo Español y de las audiencias provinciales de: Valencia (del año 1990), Vizcaya (del año 1995), Las Palmas (del año 1998) que ratifican la naturaleza de estos acuerdos como negocios jurídicos de familia, no contractuales.

estos países, además de permitirse la adopción de acuerdos para ser homologados en sede judicial, también admiten adoptar acuerdos de esta naturaleza en sede notarial y en el caso chileno amplía a la registral.<sup>15</sup> La dificultad que aquí se plantea es que no se aprecia normativamente cómo en esas sedes, no jurisdiccionales, se ejerce el control de autoridad pública, ante lo cual esta autora cuestiona cómo se garantiza allí el interés superior del niño, niña y adolescente, y de otros miembros de la familia que eventualmente puedan estar en situación de vulnerabilidad al momento de estos acuerdos.

Un común denominador en ambos contextos y, además, un elemento de sumo contraste es que en ambos casos no se encuentra regulado el divorcio en sede notarial y el asunto del cuidado de los hijos suele acompañar a los procesos de divorcios y separaciones, los que, en ambos casos, se juzgan en vía judicial. Estas dos circunstancias normativas advierten una disociación cuyo abordaje merece profundizaciones en estas realidades particulares que, aunque interesantes, superan los propósitos del presente espacio.

La regulación del divorcio ante notario o notaria,<sup>16</sup> en Latinoamérica y en España, no ha sido uniforme en lo que

<sup>15</sup>En el caso de Chile, la Ley No. 20.680/2013, admite la vía judicial en el artículo 229 y los acuerdos mediante escritura pública y ante el Registro del Estado Civil de las Personas, en el artículo 225. Por su parte, el Código de Familia de El Salvador, vigente desde el año 1994, admite los acuerdos sobre el cuidado de los hijos en el artículo 207, párrafo tercero. Se aclara que en el caso chileno se regula el cuidado compartido de los hijos y las hijas y en El Salvador no existe un reconocimiento expreso a la figura, aunque de una interpretación integradora y sistemática de su Código de Familia pudiera soportarse su base legal.

<sup>16</sup>La regulación del divorcio notarial se inicia en Cuba en el año 1994, luego en México (año 2000), Colombia (año 2005), Ecuador (año 2006), Brasil (año 2008), Perú (año 2008), Nicaragua (año 2014), Bolivia (año 2014) y más recientemente, España (año 2015). Un dato histórico interesante suministra GONZÁLEZ PAGÉS al revelar que “Cuba fue el primer país de Hispanoamérica en lograr una Ley del Divorcio, en el año 1918”, *vid.* GONZÁLEZ PAGÉS, Julio César, *Macho, varón, masculino, estudios de masculinidades en Cuba*, Editorial de la Mujer, La Habana, 2010, p. 27.

respecta a la admisión de acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas.<sup>17</sup> A la fecha, solo Cuba y Colombia admiten la posibilidad de instrumentar, dentro del divorcio, acuerdos sobre el cuidado personal, siempre que no haya *litis*, en cuyo caso nada impide, potencialmente, atribuir a uno solo, o a ambos padres,<sup>18</sup> el cuidado personal de los hijos y las hijas.<sup>19</sup>

Dar espacio a la autonomía de la voluntad de madre y padre para que organicen, por medio de acuerdos, el cuidado personal de sus hijos e hijas es posición jurídica renovadora que comparte esta autora, pero a la par advierte que tal libertad debe tener contornos, concretamente: que respeten el interés superior del niño, niña y adolescente, y que se sujeten al control de autoridad pública. Y es aquí donde surge otra

<sup>17</sup>Para un acucioso estudio sobre el estado legislativo del divorcio ante notario en América Latina y los pormenores que presenta el divorcio por mutuo acuerdo ante notario con hijos e hijas menores de edad y discapacitados, *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Un ‘fantasma’ recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial”, en *El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial: la experiencia latinoamericana*, Leonardo B. PÉREZ GALLARDO (coordinador), 1ra edición, BITECSA, Managua, 2010, pp. 9-58. También, para un estudio a propósito de la novedad del divorcio en la jurisdicción voluntaria notarial española, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, *et al.*, *Separaciones y divorcios ante notario*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

<sup>18</sup>En Cuba, solo a modo de ejemplo, se encuentra la Escritura Pública de Divorcio por mutuo acuerdo, No. 29, de 4 de abril de 2016, autorizada ante los oficios del notario Leonardo B. PÉREZ GALLARDO. Expresión *rara avis*, en la que se instrumenta el acuerdo sobre el cuidado compartido de una adolescente.

<sup>19</sup>En Cuba, el Decreto-Ley No. 154/1994 de 6 de septiembre, “Del divorcio notarial”, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Ordinaria, No. 13, de 19 de septiembre de 1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución No. 182/1994 de 10 de noviembre, del Ministro de Justicia (arts. 1, 4, 5 y 6); en Colombia, la Ley No. 962/2005 de 8 de julio, publicada en el *Diario Oficial*, No. 46023/2005 de 6 de septiembre y el Decreto No. 4436/2005 de 28 de noviembre de 2005, del Ministerio de Justicia e Interior, “Sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior” (artículo 34).

cuestión de necesaria puntualización: ¿cómo se garantiza que esa autonomía privada, cuando se manifieste en sede notarial, se despliegue dentro de estos contornos?

No se encuentra en el estado actual, un ordenamiento jurídico que ofrezca respuesta normativa a tal interrogante, por lo que esta autora advierte la especial atención que debe ponerse en la adopción de acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas en sede notarial, porque dicha sede tiene, a la vez que bondades, mayores fragilidades para garantizar el referido interés superior. A la fecha, esta sede se encuentra desprovista de normas que definan cómo incorporar, en el ámbito notarial, el interés superior de la niñez y la adolescencia. Si bien esta autora se encuentra a favor de que la labor notarial debe tender a ser más proactiva y el notario y la notaria como fedatarios públicos han de convertirse cada vez más en asesores de las partes y moldear sus intereses en estricto cumplimiento de las normas, esto no desdice que tal actuación deba estar dotada de reglas particulares cuando se ventile sobre intereses de las personas menores de edad, no sólo en sede familiar, sino también sucesoria o en otras parcelas del Derecho patrimonial.<sup>20</sup>

La especial tesitura que tienen las relaciones jurídicas en las que los niños, las niñas y los adolescentes son sujetos de derecho, exige mayores cautelas de la actuación notarial, porque en los instrumentos públicos que se autoricen debería quedar explicitado cómo, en ese acto concreto, se tutela de forma efectiva el interés superior de estos y, además, acreditar que se ha respetado el derecho reconocido internacionalmente en la Convención de los Derechos del Niño<sup>21</sup> (CDN) de ser

<sup>20</sup>Esta tesis, que propone la necesidad de estudios sobre el rol del notario y la notaria en la tutela del interés superior de la niñez y adolescencia, no solo en asuntos de familia, sino también sucesorios y de Derecho patrimonial, ha sido sustentada primigeniamente por PÉREZ GALLARDO, L. B. en conferencia titulada, "El divorcio por mutuo acuerdo ante notario", dictada el 13 de febrero de 2016, en el Colegio de Notarios de Veracruz.

<sup>21</sup>Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989,

escuchados conforme con su capacidad progresiva (artículos 9.2 y 12.1, 2 CDN).

Para solventar el vacío normativo advertido pudiera ser útil disponer de protocolos de actuación que contemplaran la obligatoria participación del Ministerio Público en estos actos y diseñar la concurrencia de equipos técnicos asesores en el ejercicio de la función pública notarial, tomando como referente la forma en que ya estos grupos acompañan la labor judicial.<sup>22</sup>

De lo razonado se colige que la adopción de acuerdos sobre el cuidado de los hijos e hijas ante notario y notaria es apenas la punta del iceberg que anuncia la necesaria profundización sobre la incorporación, en la actuación notarial, de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, para lo cual se requieren decisiones de política legislativa.

## 5. Ideas conclusivas

La consolidación legislativa y doctrinal del cuidado compartido invita a una labor teórico-revisora, que interroga si los tradicionales principios de indelegabilidad e irrenunciabilidad de la autoridad parental son reglas absolutas o relativas. Este cuestionamiento surge como consecuencia de la apertura a los acuerdos entre madre y padre sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas que se potencia con el cuidado compartido. La cuestión va en el sentido de reflexionar sobre

---

en vigencia desde 1990, en <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, consultada el 12 de diciembre de 2015.

<sup>22</sup> Pudiera servir como referente el *Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño*, preparado para la UNICEF por HODGKIN, Rachel y Peter NEWELL, UNICEF, Ginebra, 2004, en [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Manual\\_cdn.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Manual_cdn.pdf), consultado el 10 de enero de 2016. También los protocolos que se han elaborado en el contexto jurídico cubano para la comparecencia de la niñez y adolescencia en el proceso familiar hacia el que avanza el país, según se constata de la Instrucción No. 187/2007 publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 006, de 15 de enero de 2008 y la Instrucción No. 216/2012 aprobada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 17 de mayo de 2012.

sus límites, tras lo cual se concluye que la autoridad parental mantiene sus caracteres de indelegable e irrenunciable por ser de orden público y deber legal. En todo caso lo que puede admitirse, por vía de acuerdos y siempre en atención al interés superior del niño, niña y adolescente, es delegar a terceras personas afectivamente relacionadas y temporalmente, el deber-función de cuidado personal de los hijos y las hijas, en las circunstancias y con los controles públicos que la propia ley establezca.

Franquear la vía notarial y/o registral para la adopción de acuerdos entre padre y madre sobre el cuidado personal de los hijos y las hijas comunes, tal y como permiten la Ley chilena (No. 20680/2013), el Código de Familia de El Salvador y también, en potencia, las leyes de Cuba (Decreto No. 154/1994) y Colombia (Ley No. 962/2005), tiene bondades y riesgos. Para evitar los riesgos, deben procurarse mecanismos legales que garanticen en aquellas sedes el control de autoridad pública para el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y para la madre, o el padre, o quien haga sus veces, quienes pueden encontrarse, eventualmente, en situación de vulnerabilidad al momento de estos acuerdos.

Son los padres, las personas más idóneas para organizar el cuidado de sus hijos e hijas y resolver entre ellos los problemas de pareja que estén afectando a los hijos comunes (artículo 14.2 de la CDN). En línea de base se espera que el amor filial y la responsabilidad paterna y materna les permita decidir para el bienestar de sus hijos e hijas, y por ello deben tener amplias libertades para establecer acuerdos sobre la crianza de estos. Pero también es cierto que en medio de los conflictos de parejas, muchas veces son los propios padres quienes olvidan el derecho de sus hijos e hijas y es entonces cuando el control de autoridad pública, a cargo del Estado, protector de los derechos de la niñez y adolescencia, debe desempeñar su rol. Por eso, los sistemas judiciales y extrajudiciales deben tener la capacidad de saber cómo incorporar, para la resolución de casos concretos, los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, reconocidos desde la Convención de los Derechos del Niño.

# EL AUTOR EXTRANJERO

## **Ubicuidad, irradiación y efecto en terceros de los derechos fundamentales en la teoría de Robert ALEXY**

Recibido el 12 de agosto de 2015

Aprobado el 4 de febrero de 2016

**Dr. Edgar Alán ARROYO CISNEROS**

*Profesor-Investigador y Secretario Académico de la División de Estudios de Posgrado  
e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad  
Juárez del estado de Durango, México*

*Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de  
Monterrey, Campus Monterrey, México; Especialista en Derecho Constitucional y  
Administrativo; Maestro en Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad Juárez  
del estado de Durango. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores*

### **RESUMEN**

*Este trabajo pretende indagar sobre las nociones de ubicuidad, irradiación y efecto en terceros en la teoría de los derechos fundamentales por el jurista y filósofo alemán Robert ALEXY, teniendo en cuenta que estos conceptos son vitales para entender la eficacia horizontal de los derechos en el marco del constitucionalismo contemporáneo y la Filosofía del Derecho. Para ello, se pormenoriza en el modelo de tres niveles cincelado por ALEXY, así como la propia tesis de la irradiación, concluyendo que la ubicuidad de los derechos es un concepto central de los sistemas jurídicos más avanzados del orbe.*

### **PALABRAS CLAVES**

*Ubicuidad, irradiación, derechos fundamentales, constitucionalismo, Filosofía del Derecho.*

## ABSTRACT

*This paper aims to investigate the notions of ubiquity, irradiation and effect in thirds on theory of fundamental rights by the German jurist and philosopher Robert Alexy, considering that these concepts are vital to understading the horizontal efficacy of rights under contemporary constitutionalism and jurisprudence. To dos this, it itemizes the three-level model chiseled by ALEXY and the irradiation thesis; the work concludes that ubiquity of rights is a central concept of the most advanced legal systems in the world.*

## KEY WORDS

*Ubiquity, irradiation, human rights, constitutionalism, jurisprudence.*

## SUMARIO:

**1. Planteamiento introductorio: ALEXY, la teoría jurídica contemporánea, el constitucionalismo y la Filosofía del Derecho. 2. Aproximación general a la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY. 3. El efecto en terceros de los derechos fundamentales. 4. La tesis de la irradiación. 5. La construcción del efecto en terceros. 6. La equivalencia de resultados de las construcciones. 7. El modelo de tres niveles del efecto en terceros de los derechos fundamentales. 8. Para concluir: la ubicuidad de los derechos fundamentales como elemento central del Derecho actual.**

### **1. Planteamiento introductorio: ALEXY, la teoría jurídica contemporánea, el constitucionalismo y la Filosofía del Derecho**

Robert ALEXY es un jurista alemán imprescindible para entender el Derecho hoy en día. Elaborador de una dogmática más que notable en los propios territorios germanos, en Europa y en el resto del mundo, su trabajo se ha centrado en dos grandes vertientes: los derechos fundamentales y la argumentación jurídica, siendo igual de sugerente en los dos casos. Ambos tópicos resultan de una gran actualidad y de hecho tienen una operatividad transversal en prácticamente

todas las disciplinas jurídicas, pero de modo particular, en la Teoría del Derecho, la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, sin dejar de mencionar desde luego que las construcciones *iusfundamentales* de nuestro tiempo tienen en ALEXY a uno de sus pioneros.

La distinción entre reglas y principios, que hace de estos últimos un nuevo tipo de piezas, materiales o fragmentos normativos, recurre a la obra de ALEXY para su debida justificación, según se verá en el apartado siguiente. Si bien es cierto que es a otro gran *iusfilósofo* contemporáneo recientemente fallecido como Ronald DWORKIN a quien tendría que atribuírsele en un comienzo tal diferenciación, ello no es óbice para que las construcciones intelectuales de ALEXY se dimensionen adecuadamente.

En el ámbito de la Teoría del Derecho y la Filosofía del Derecho, así como de la dogmática general, es crucial la arquitectura de ALEXY acerca de la argumentación jurídica. ALEXY ha organizado una solvente y compleja teoría de la argumentación jurídica a la que le ha dedicado uno de sus libros más monumentales.<sup>1</sup> Al mismo tiempo, nuestro autor se ha destacado por ser uno de los defensores más consistentes del principio de proporcionalidad o juicio de ponderación, visualizado como una estrategia dotada de racionalidad al momento de resolver los conflictos, choques o colisiones que eventualmente se pueden llegar a presentar entre derechos fundamentales o principios a través del balanceo.

La teoría de la argumentación de ALEXY parte de la teoría del discurso de Jürgen HABERMAS –quien a la sazón es probablemente el filósofo general vivo más importante–, por lo que hace de la argumentación jurídica una manera de discurso racional; lo que es lo mismo: contempla al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general,

<sup>1</sup>Nos referimos a la obra *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

en donde los principios encuentran una forma característica de aplicación en la ponderación.<sup>2</sup>

El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad son, pues, la base argumentativa alexiana. Este último se compone, siguiendo la exposición de CÁRDENAS GRACIA,<sup>3</sup> por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; el *subprincipio de idoneidad* determina si la intervención en los derechos es adecuada o no para obtener un fin que sea constitucionalmente legítimo; el *subprincipio de necesidad* funciona para ver si la medida de intervención en los derechos es la más benigna con el derecho intervenido tomando en cuenta todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar al objetivo propuesto; el *subprincipio de proporcionalidad* en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho debe justificarse por la importancia del fin perseguido por la intervención legislativa y su realización.

El principio de proporcionalidad y la ponderación son de destacar por su compatibilidad con el pluralismo, la tolerancia, la apertura y el expediente democrático que caracteriza a las sociedades contemporáneas, admitiendo su carácter conflictivo y heterogéneo, amén de que no jerarquiza derechos absolutos *a priori*.<sup>4</sup> Se aprecia, pues, su naturaleza no solo argumentativa y estructural, sino su vinculación con el componente social, lo cual es digno de encomio ante una teoría jurídica que por siglos ha estado desprovista de una unión *per se* con el entorno que le rodea.

Por lo que hace al constitucionalismo, ALEXY ha sentado las bases de los sistemas jurídicos concebidos a partir de los

<sup>2</sup>Al respecto, acúdase a ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 2da reimp., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, pp. 149 y ss.

<sup>3</sup>Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como Derecho*, 2da reimp., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, pp. 142-154.

<sup>4</sup>Cfr. *ibidem*, p. 154.

procesos de constitucionalización, principalmente a partir de la segunda posguerra. Al lado de Gustavo ZAGREBELSKY, es quien mejor ha explicado las pautas de distinción entre el (neo)constitucionalismo, propio de la modernidad jurídico-política y del paradigma del Estado constitucional, y el legalismo, inherente al Estado decimonónico o tradicionalista, caracterizado por una visión eminentemente positivista del ordenamiento.

Con lo dicho, no hay que pasar desapercibida la advertencia inicial: la obra de ALEXY resulta tan trascendente que impacta al Derecho en su generalidad, teniendo en cuenta que este se entiende a partir del influjo constitucional y argumentativo que se irradia en la textura de las normas jurídicas. Si el neoconstitucionalismo –en la versión principialista del profesor de la Universidad de Kiel– explica al Derecho como una conexión más o menos marcada y más o menos débil entre lo jurídico y lo moral, como un conjunto de prácticas argumentativas y como un entrecruzamiento de reglas, principios y directrices o normas programáticas, definitivamente sin ALEXY son inexplicables los sistemas jurídicos que reúnan estos elementos.

La producción científica de este insigne intelectual europeo ofrece, por igual, un campo de conexión entre la Teoría y Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, lo cual desde luego no es poco decir, mostrando y demostrando que los constitucionalistas requieren alimentarse del mayor bagaje filosófico posible, así como el hecho de que, a la inversa, los *iusfilósofos* pueden encontrar en el Derecho Constitucional un suministro poderoso para encauzar las reflexiones acerca de los paradigmas jurídicos.

## **2. Aproximación general a la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY**

Como se decía en el apartado anterior, una de las aportaciones más significativas de ALEXY a la moderna ciencia

jurídica es su teoría de los derechos fundamentales,<sup>5</sup> cuyas dimensiones han influido insoslayablemente los desarrollos recientes tanto del constitucionalismo como de la Teoría y la Filosofía del Derecho. Estamos hablando de un aparato conceptual rico en contenidos, solvente en su estructura analítica y magnífico en la ideología que de él se desprende.

La cuestión que mayormente nos interesa rescatar de la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY es la manera en que distingue las reglas de los principios. Por principio de cuentas, debe ponerse sobre la mesa de reflexión la idea de las normas *iusfundamentales*, también llamadas normas de derecho fundamental, pues en estas para ALEXY se presenta una importante distinción teórico-estructural que es precisamente la de regla/principio.<sup>6</sup> En sus propias palabras:

Ella constituye la base de la fundamentación *iusfundamental* y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Es un elemento básico no sólo de la dogmática de los derechos de libertad e igualdad, sino también de los derechos a protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto.<sup>7</sup>

De lo anterior es dable inferir que del tratamiento diferenciado de las reglas y los principios depende el poder construir una

<sup>5</sup>La magna exposición de ALEXY se encuentra plasmada en su ya clásica obra *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS y revisión de Ruth ZIMMERLING, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. El corolario de este libro es el *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos BERNAL PULIDO, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.

<sup>6</sup>Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota anterior, p. 81.

<sup>7</sup>*Idem*.

teoría *iustfundamental* acorde con el paradigma del Estado constitucional, tomando en cuenta que ambos fragmentos normativos poseen una estructura desigual; lo anterior es así porque las normas que recogen derechos fundamentales no pueden ser catalogadas como cualquier clase de normas, sino como normas *iustfundamentales* a manera de principios. Por mencionar solo un ejemplo, una regla del tipo “Si el sujeto X comete el acto antijurídico A, entonces deberá ser sancionado” no puede ser identificada ni abordada del mismo modo que un planteamiento del tipo “Toda persona tiene determinado derecho fundamental”.

Desde un punto de vista institucional, la distinción entre reglas y principios fomenta la clarificación de conflictos competenciales entre los tribunales constitucionales y los parlamentos; supone asimismo una potencial respuesta a la pregunta sobre la posibilidad y los límites de la racionalidad cuando de derechos fundamentales se trata.<sup>8</sup> Si embonamos lo anterior con la decisión judicial en sede constitucional, queda claro que el juez debe allegarse de todas aquellas herramientas que le permitan dilucidar los problemas precisamente constitucionales que se sometan a su consideración. La interpretación y la argumentación en materia constitucional, pues, echan mano de esta precisión conceptual y de fondo sobre la naturaleza de las normas *iustfundamentales*; ALEXY lo dice con estas palabras: “la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales”.<sup>9</sup>

Hay que puntualizar que las reglas y los principios son normas que dicen lo que debe ser, los cuales pueden ser formulados con la coadyuvancia de tres expresiones deónticas básicas: mandato, permisión y prohibición.<sup>10</sup> Convendría adicionar que las reglas pueden presentarse bajo la forma de enunciados

<sup>8</sup>Cfr. ALEXY, R., *op. cit.*, pp. 81 y 82.

<sup>9</sup>*Ibidem*, p. 82.

<sup>10</sup>Cfr. *ibidem*, p. 83.

aseverativos, performativos o expresivos, lo cual difícilmente sucedería con un principio.

Las reglas y los principios coinciden también al presentarse como razones para juicios concretos de deber ser, no obstante que tales razones sean de una especie sumamente diferente.<sup>11</sup> No es lo mismo, pues, una regla penal, civil, administrativa, laboral o de otro tipo, que una norma que recoja un derecho fundamental, por motivos de índole sustancial y de jerarquización.

Para ALEXY, los criterios diferenciadores que hay tradicionalmente entre reglas y principios no son suficientes para dar cuenta de la configuración de estos últimos; dichos criterios serían el criterio de la generalidad –por virtud del cual los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto y las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad–, el criterio de la determinabilidad de los casos de aplicación, la forma de su génesis, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del Derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico.<sup>12</sup>

En esta óptica, la única manera plausible de distinguir entre reglas y principios es visualizar a estos como *mandatos de optimización, i. e. (id est, esto es)*, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.<sup>13</sup> Los principios como esta clase de normas se caracterizan por el hecho de que “pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”,<sup>14</sup> en cambio, las reglas se presentan como normas que solo pueden ser cumplidas o no y que contienen determinaciones posibles desde lo

<sup>11</sup> Cfr. *idem*.

<sup>12</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 82-84.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>14</sup> *Idem*.

fáctico y desde lo jurídico.<sup>15</sup> Los principios son argumentos normativos que exigen ciertos resultados de ponderación, al tiempo que se encargan de mostrar la estructura de mandatos reiterativos de validez.<sup>16</sup>

La diferencia que nos ocupa es cualitativa y no de grado, poniéndose de manifiesto de una forma meridianamente clara cuando se dan colisiones de principios por un lado, y conflictos de reglas por el otro. Los conflictos entre estas últimas pueden ser solucionados acudiendo a diferentes medios de procesamiento de antinomias, como serían por ejemplo los siguientes:<sup>17</sup> el criterio cronológico –*lex posterior derogat priori, i. e.*, la ley posterior deroga a la anterior–, el criterio jerárquico –*lex superior derogat inferiori, i. e.*, frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior–, el criterio de especialidad –*lex specialis derogat generali, i. e.*, la ley especial deroga a la general–, el criterio de aplicación de la norma más favorable –por virtud del cual debe atenderse a la norma que concede una libertad y no aquella que impone una obligación, tratándose de aquellos casos en los cuales ambas normas son contemporáneas, están en el mismo nivel y son las dos generales–, el criterio de competencia –que implica resolver la antinomia atendiendo al análisis sobre el órgano que emita la norma o el acto–, el criterio de prevalencia –el cual existe para resolver antinomias entre distintos ámbitos de competencia–, entre otros.

<sup>15</sup> Cfr. ALEXY, R., *op cit.*, p. 87.

<sup>16</sup> Cfr. SIECKMANN, Jan-R., “Los derechos fundamentales como principios”, trad. de A. Daniel OLIVER-LALANA, en *id.* (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert ALEXY*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 49.

<sup>17</sup> Cfr. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *op. cit.*, nota 3, pp. 127 y ss.; *vid.* BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, trad. de Eduardo ROZO ACUÑA, Debate, Madrid, 1991, pp. 189-219; en este material, BOBBIO teoriza acerca de las antinomias como colisiones entre normas cuando estas se relacionan bajo el siguiente esquema: 1) Norma obligatoria vs. norma prohibitiva, 2) Norma obligatoria vs. permiso negativo, 3) Norma prohibitiva vs. permiso positivo, 4) Norma obligatoria vs. permiso positivo, 5) Norma prohibitiva vs. permiso negativo y 6) Norma que establece un permiso positivo vs. norma que establece un permiso negativo.

Sin embargo, la resolución de conflictos entre principios no puede darse por conducto de alguno de estos mecanismos; únicamente el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad insuflan la racionalidad que se requiere cuando entran en disputa principios *iusfundamentales*.<sup>18</sup> El balanceo de los derechos fundamentales es, entonces, una operación jurídica e intelectual relevante para alcanzar la objetividad y la coherencia del ordenamiento en su conjunto.

Y es que la introducción de los principios en un ordenamiento jurídico determinado implica tareas de optimización, pues no se trata de normas vagas.<sup>19</sup> Si bien es cierto que suscita problemas de objetividad al interior del sistema,<sup>20</sup> la teoría principialista alexiana sigue poseyendo un amplio marco de validez que se ha reflejado en el quehacer de los tribunales constitucionales.

### 3. El efecto en terceros de los derechos fundamentales

Uno de los puntos más novedosos que plantea la teoría de ALEXY desde hace varios lustros tiene que ver con el llamado efecto en terceros de los derechos fundamentales, *i. e.*, el efecto horizontal de los mismos. Este es un problema que es posible transparentar, en cierta medida, acudiendo a la

<sup>18</sup>No hay que dejar de mencionar que existen teorías materiales de los derechos fundamentales y teorías estructurales de la vinculación del legislador a los derechos fundamentales que intentan prevalecer como criterio para la solución de antinomias entre principios jurídicos, así como teorías materiales de los derechos fundamentales que se ofrecen como un marco adecuado para la interpretación de los propios derechos, tales como la liberal, la democrática y la del Estado social. Sin embargo, el método de solución de antinomias entre principios jurídicos más solvente es precisamente la ponderación. Véase CÁRDENAS GRACIA, *op. cit.*, nota 3, pp. 132 y ss.

<sup>19</sup>Cfr. ALEXY, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. de Manuel ATIENZA, en *id.*, *Derecho y razón práctica*, 4ta reimp., Fontamara, México, 2010, p. 14.

<sup>20</sup>Al respecto, *vid.* SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales...*, *cit.*

distinción entre reglas y principios avizorada en el anterior punto de la investigación.

Ahora bien, el mencionado efecto horizontal o efecto en terceros de los derechos fundamentales entraña pensar y actuar de manera diferente las relaciones entre Estado y ciudadanos, pues la influencia de las normas *iusfundamentales* trasciende de este vínculo primario. En efecto, los derechos subjetivos que se establecen frente a las ramas tradicionales en que se divide el poder público, *i. e.*, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, a lo cual se debe añadir a los órganos constitucionales autónomos que no forman parte de esta división tripartita, son establecidos por las propias normas *iusfundamentales* pero pensando más allá de esa relación entre el Estado y los ciudadanos.

Sobresale la idea de integración de los efectos de los derechos fundamentales y de extensión de los mismos a las diferentes esferas del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que la idea tradicional que siempre imperó fue la de la eficacia vertical, en donde en una relación de *supra* a subordinación el Estado se colocaba en una posición de superioridad con respecto a los ciudadanos.

Las razones de este tradicionalismo normativo fueron también de índole sociológica, pues el positivismo jurídico como tal –que abraza la idea de la verticalidad– no es sino un desprendimiento del positivismo en general como doctrina de la Filosofía pero, ante todo, de la Sociología. Solo el agotamiento del paradigma positivista ha hecho posible esta nueva forma de percibir y aplicar los preceptos bajo una perspectiva alejada del formalismo clásico y decimonónico del Estado legalista.

Así, pues, la eficacia de los derechos fundamentales en general solo puede ser explicada partiendo de la idea general de salvaguarda ampliada de los mismos: si hay sujetos sustraídos de la esfera protectora de los derechos, luego entonces, por virtud de un simple nexo de causa y efecto, no puede haber una plena vigencia de las normas *iusfundamentales*, máxime si se tiene presente la

universalidad, la interdependencia y la interrelación que entre ellos debe presentarse.

Volviendo al punto concreto del efecto horizontal de los derechos, obtenemos luz a partir de la siguiente explicación de ALEXY en cuanto a la expansión de las relaciones jurídicas, por virtud de la cual se vislumbra el impacto de las normas *iusfundamentales* no solo en el nexo Estado/ciudadano, sino también en el de ciudadano/ciudadano:

A los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los conciudadanos y a determinados contenidos del orden jurídico civil. Esto muestra que las normas *iusfundamentales* tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil. Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que sus fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera que sea su construcción, de las normas *iusfundamentales* en las normas del Derecho Civil y, con ello, en la relación ciudadano/ciudadano.<sup>21</sup>

Este efecto en terceros que se refleja sobre el ámbito del Derecho Civil es, simultáneamente, una proyección de la irradiación de los derechos fundamentales y de las normas *iusfundamentales* en el sistema jurídico, tema del siguiente apartado. Por ello, se aprecia cómo están vinculados profundamente los conceptos de efecto en terceros e irradiación.

#### **4. La tesis de la irradiación**

La irradiación de los derechos fundamentales se percibe como la representación de un *orden objetivo de valores* como parte de la estructura de las normas *iusfundamentales*, de tal manera que en su contenido es factible ubicar no solo

<sup>21</sup>ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 5, p. 507.

derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, pues estos valen para todos los ámbitos del Derecho, proporcionando directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

La idea de *orden objetivo de valores* implica, *per se*, rebasar las concepciones positivistas aludidas con anterioridad, por virtud de las cuales el Derecho debía entenderse bajo un modelo “puro”, el cual no admitía conexiones de ningún tipo con elementos provenientes del mundo del “ser”, como los sociológicos, o del “deber ser”, como la moral; el Derecho se reducía a la ley, sin importar si esta fuera justa o injusta, por lo cual lo que había que tener presente era su validez, *i. e.*, su creación de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación respectiva. En mayor o menor medida, hablar de orden objetivo de valores y de irradiación trae consigo la necesidad de reflexionar acerca de parámetros morales en el modelo del Derecho actual.

El constructo de la irradiación se desprende de las construcciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en donde sobresale el concepto de valor y el concepto de lo objetivo, tal y como apunta ALEXY.<sup>22</sup> En este sentido, si la axiología de dicho órgano jurisdiccional es reformulada por nuestro autor en términos de una teoría de principios que no se expone a las objeciones hechas valer en contra de la teoría de los valores, luego entonces dicho concepto de valor puede ser reemplazado por el de principio.<sup>23</sup> En la misma línea de análisis, cabe decir que el carácter objetivo de los principios no puede consistir en que los principios *iusfundamentales* como principios supremos del sistema jurídico, no tienen nada que ver con posiciones individuales; a *contrario sensu*, lo objetivo es lo que queda cuando se prescinde o se abstrae del costado subjetivo de los principios *iusfundamentales*, aunque ello no sea totalmente satisfactorio.<sup>24</sup> El principio tiene la capacidad de influir amplia-

<sup>22</sup> Cfr. ALEXY, R., *op. cit.*, nota 21, pp. 507 y 508.

<sup>23</sup> Cfr. *ibidem*, p. 508.

<sup>24</sup> Cfr. *idem*.

y materialmente en todas las posiciones del sistema jurídico, lo cual lleva a hablar también de su ubicuidad y su omnipresencia. A mayor abundamiento:

La aceptación de principios objetivos de un nivel supremo de abstracción tiene ventajas e inconvenientes. Las ventajas residen en su flexibilidad. En tanto puntos de partida de fundamentaciones dogmáticas de exigencias *iusfundamentales* estructural- y materialmente muy diferentes, son utilizables en todos los ámbitos del sistema jurídico. El inconveniente reside en su imprecisión. Invitan a una de las formas más oscuras de la fundamentación jurídica, a la “deducción” o “derivación” de un contenido concreto a partir de principios abstractos.

No pasa desapercibido que es tarea del intérprete que la opacidad de los principios adquiera luminosidad tomando como punto de partida la argumentación jurídica. Argumentar y operar con principios demanda un entrenamiento racional y moral convincente. Si a final de cuentas, por irradiar entendemos la proyección de los derechos por el resto del ordenamiento, su difusión, transmisión e influjo en los diferentes saberes jurídicos, solo con razones coherentes en la *praxis* se podrá llegar a un destino que sea funcional y operativo.

## 5. La construcción del efecto en terceros

A partir de lo referenciado con anterioridad, las normas *iusfundamentales* influyen decisivamente en la relación ciudadano/ciudadano, lo cual configura y constituye un efecto en terceros o efecto horizontal, *i. e.*, diametralmente opuesto al efecto vertical y directo que sea en el nexo Estado/ciudadano donde el primero aparece antes y por encima del segundo. Cómo se da esa influencia y en qué medida se ejerce, conlleva a problemas de *construcción* en el primer caso y de *colisión* en el segundo.<sup>25</sup>

<sup>25</sup>Cfr. *ibidem*, p. 511.

Al respecto, es importante tener en cuenta que, mientras que la relación Estado/ciudadano, además de vertical, se presenta entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental, al tiempo que la relación ciudadano/ciudadano es horizontal y se genera entre titulares de derechos fundamentales.<sup>26</sup> Ello resulta relevante para el despliegue del efecto en terceros y sus particularidades propias. Conviene remarcar, por lo demás, que cuando se asevera que el Estado es un no titular de derechos fundamentales, se alude a la entidad estatal en abstracto, no a sus depositarios individualmente considerados.

¿Podiera decirse que la relación Estado/ciudadano, de tipo vertical, es propia del Estado legalista decimonónico, mientras que la relación ciudadano/ciudadano, de tipo horizontal, es propia del Estado constitucional contemporáneo? Habría que matizar una eventual respuesta a la interrogante, pero al menos en lo general es menester decir que sí, en el sentido de que las edificaciones verticales de los vínculos jurídicos se apegan más al tradicionalismo, mientras que el efecto horizontal se plantea como una institución que apenas surge a finales de la primera mitad del siglo pasado.

Sin embargo, igualmente hay que decir que la verticalidad se sigue poniendo de manifiesto en la actualidad en múltiples especies de relaciones, lo cual no lleva a pensar en que sean gratuitas; antes bien, en buena cantidad de normas jurídicas la relación solo puede darse de esta forma, por lo que no está condenada a desaparecer. El Estado, en algunas cuestiones, sigue manteniendo una facultad de imperio que no es posible soslayar. Por otro lado, la asociación de la irradiación, de la ubicuidad y de la omnipresencia de los derechos fundamentales sí se actualizan en conjunto como figuras de un constitucionalismo vanguardista, las cuales surgen a partir de esta construcción del efecto en terceros.

<sup>26</sup> *Idem, op. cit.*, nota 21, p. 511.

## 6. La equivalencia de resultados de las construcciones

La teoría de ALEXY distingue entre tres subteorías de la construcción: la del efecto mediato en terceros, la del efecto inmediato y la del efecto producido a través de derechos frente al Estado. Es menester tener una noticia, así sea muy breve, de cada una de ellas, pues de su desenvolvimiento depende el grado de satisfacción de la irradiación en todo el sistema.

La construcción del *efecto mediato en terceros* habla acerca de los derechos fundamentales como decisiones valorativas, normas objetivas o valores *iusfundamentales*, i. e., dándoles una posición como principios objetivos que influyen en la interpretación del Derecho Privado. En otras palabras, “para la posición del juez, el efecto de irradiación debería fundamentar el deber de tener en cuenta en su interpretación la influencia *iusfundamental* en las normas de Derecho Privado”.<sup>27</sup>

En cuanto a la construcción del *efecto inmediato en terceros*, esta sostiene que los derechos fundamentales en el sentido clásico o estricto son derechos subjetivos públicos dirigidos solo contra el Estado; la influencia de las normas de derecho fundamental en el Derecho Privado resulta de su propiedad como derecho objetivo y vinculante, con la diferencia de que los principios objetivos no afectan la relación ciudadano/ciudadano influyendo en la interpretación de las normas de Derecho Privado, sino en el sentido de que fluyen directamente como derechos privados subjetivos del individuo.<sup>28</sup> El efecto jurídico es, entonces, un efecto directamente normativo, absoluto, que tienen los derechos fundamentales como tales.

Por lo que hace a la construcción del *efecto producido a través de derechos frente al Estado*, “los efectos en la relación ciudadano/ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 512.

<sup>28</sup> *Cfr. idem*.

subjetivos públicos”.<sup>29</sup> El Estado se supedita a los derechos como categorías jurídicas pertenecientes a los sujetos en particular.

El alcance de las tres construcciones, analiza ALEXY,<sup>30</sup> es diferente, pues la primera apunta al juez y la tercera abarca tanto al legislador como al juez, mientras que la segunda vale primordialmente para la actividad judicial; en dicha actividad, las tres son equivalentes en sus resultados, lo cual es la tesis principal del profesor de Kiel en este punto en concreto.

Efectivamente, las tres construcciones, en tanto referidas a la actividad judicial, son equivalentes en sus resultados. ALEXY ahonda sobre el tema así:

Dos construcciones jurídicas son equivalentes en sus resultados cuando todo resultado que puede ser alcanzado dentro del marco de la una puede ser también alcanzado dentro del marco de la otra. El hecho de que el inventor de una construcción la haya creado para obtener otros resultados a los alcanzados con las construcciones ya existentes, el hecho de que los representantes de una construcción tiendan a otros resultados que los de otras construcciones o el hecho de que una construcción sugiera más unos resultados que otros, no afecta la equivalencia de resultados. Lo que importa es que en todos los casos se *puede* alcanzar el mismo resultado.<sup>31</sup>

Las tres construcciones tienen la particularidad de tomar en cuenta que en la relación entre ciudadanos las dos partes son titulares de derechos fundamentales, amén de admitir gradaciones en su eficacia; la medida del efecto *iusfundamental* está dada por una cuestión de ponderación.<sup>32</sup> Se trata de que la ponderación conduzca a reglas relativamente generales por medio de las cuales, si se

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 513.

<sup>30</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 513 y 514.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 514.

<sup>32</sup> *Cfr. idem*.

considera el asunto desde la perspectiva del resultado, lo decisivo no es la construcción, sino la *valoración* con la que se le da contenido en concreto.<sup>33</sup>

## 7. El modelo de tres niveles del efecto en terceros de los derechos fundamentales

El pionero del constitucionalismo principialista continúa afirmando que ninguna de las tres construcciones tiene que ser la correcta, pues cada una en lo individual subraya ciertos aspectos que caracterizan los casos de efectos en terceros; de ahí la necesidad de armar un modelo que abarque todos los aspectos para ofrecer una solución completa y adecuada.<sup>34</sup>

El modelo de ALEXY está dividido en tres niveles: a) el de los deberes del Estado, b) el de los derechos frente al Estado y c) el de las relaciones jurídicas entre sujetos del Derecho Privado. De acuerdo con nuestro autor, “entre estos tres niveles no existe una relación de grados, sino una relación de implicación recíproca”.<sup>35</sup> Lo que quiere decir con ello es que los rangos de su modelo no están jerarquizados, pues se imbrican entre sí en aras de la integridad y de la interdependencia recíproca. Veremos enseguida las peculiaridades de cada uno de estos niveles.

El nivel a), concerniente a los deberes del Estado, corresponde a la teoría del efecto mediato en terceros.<sup>36</sup> Se recuerda aquí que las normas *iusfundamentales* son principios objetivos, *i. e.*, parte de un orden objetivo de valores, y como tales, tienen validez en los diferentes ámbitos del Derecho, por lo cual hay una obligación para el Estado de tenerlas en cuenta en la legislación y en la jurisprudencia civil.

<sup>33</sup> Cfr. *ibidem*, p. 515.

<sup>34</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 515 y 516.

<sup>35</sup> *ibidem*, p. 516.

<sup>36</sup> *Idem*.

El nivel b), relativo a los derechos frente al Estado relevantes para su influencia en terceros, es el estadio intermedio del modelo.<sup>37</sup> Partiría de la premisa de que un lesionado puede ser conculcado o lesionado únicamente por aquel frente a quien existe, de tal forma que si los órganos jurisdiccionales atentan con sus fallos en contra de los derechos fundamentales de los ciudadanos, luego entonces tales derechos deben ser derechos frente al Estado. En otras palabras, estamos aquí en presencia de la asunción judicial de la eficacia *iusfundamental*, en la cual tienen una relevancia indiscutible los jueces –sobre todo los que cuentan con competencias constitucionales pero extendidos igualmente a otras materias.

Finalmente, el nivel c), que versa sobre los efectos *iusfundamentales* de las relaciones jurídicas entre los sujetos privados, plantearía el problema de un efecto inmediato en terceros.<sup>38</sup> Este nivel del modelo entraña que, por razones *iusfundamentales*, en la relación entre ciudadanos hay determinados derechos, pero también no-derechos, así como libertades y no-libertades, y competencias y no-competencias. Apunta, desde luego, a la noción de eficacia horizontal de los derechos fundamentales como constructo surgido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.

El modelo de tres niveles del efecto en terceros de los derechos fundamentales permite observar bajo un mismo prisma las obligaciones estatales, los derechos que es dable oponer frente al aparato estatal y la horizontalidad de las relaciones jurídicas entre sujetos que se ubican en idéntico plano.

Es necesario destacar que los tres niveles no se superponen, sino que se complementan y, reforzando una cuestión que ya se había comentado en algún punto de la investigación, no hacen de este modelo tripartita uno que desaparezca la idea

<sup>37</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 516 y 517.

<sup>38</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 520 y ss.

de verticalidad; antes bien, la relativizan, la revitalizan –al inyectarle, incluso, la legitimidad que por mucho tiempo se asomaba solo en la superficie– y la dotan del imperioso corolario de la horizontalidad.

Entonces, y a partir de lo anteriormente dicho, se puede apreciar el tránsito de un edificio tendencialmente autoritario a uno que incentiva la pluralidad, propia de la protección más amplia que requieren los derechos fundamentales en la posmodernidad. El modelo de tres niveles del efecto en terceros en los derechos ofrece, pues, estas bondades argumentativas.

## **8. Para concluir: la ubicuidad de los derechos fundamentales como elemento central del Derecho actual**

Retomando un poco lo que se había advertido en el punto inicial del presente trabajo, sin Robert ALEXY no se dimensionan las características del Derecho contemporáneo. Sus teorías de los derechos fundamentales y de la argumentación se han convertido en un potente insumo para un nuevo modelo de sistema jurídico entendido como un conjunto de prácticas argumentativas, procedimentales, estructurales, contextuales y morales –aunque sea en un sentido débil, si es que así se quiere– donde, además de las reglas, se tiene otro tipo de piezas composicionales, tales como los principios y las directrices –normas programáticas.

Su teoría de la irradiación de los derechos fundamentales, si bien desarrollada en el marco de un análisis complejo, amplio y ambicioso de la jurisprudencia constitucional alemana, es una manera de entender la posición central de los propios derechos en los ordenamientos jurídicos de nuestros días, a manera de un haz de posiciones *iusfundamentales* y de mandatos de optimización, como el propio ALEXY define a los principios.

Irradiación y ubicuidad son un par de conceptos que van de la mano en las ideas alexianas de proyección de los derechos. Mientras que la irradiación implica que los derechos

fundamentales tocan la superficie total del ordenamiento jurídico, yendo desde la Constitución hacia la periferia, la ubicuidad se presenta a manera de omnipresencia: las normas *iusfundamentales* están en todas partes, haciendo su aparición a manera de normas de derecho fundamental, en cuya vigorización tendrían que participar diferentes actores y factores sociales, sobre todo el juez y el legislador, pero también el hacedor de políticas públicas, el funcionario de la Administración Pública y, por supuesto, el ciudadano.

La noción de ubicuidad se ha fortalecido y reforzado a partir de cuestiones relevantes que han hecho su entrada en la escena del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional de los Estados nacionales —si es que la categoría del Estado nacional sigue subsistiendo en el marco de la globalización—, como sería, por ejemplo, el control de la convencionalidad, la existencia de bloques de constitucionalidad, principios hermenéuticos *iusfundamentales* como el *pro personae* o el de interpretación conforme, entre otros.

El hecho de que haya, desde hace décadas, tratados internacionales en materia de derechos humanos con carácter vinculante para los Estados signatarios que han ratificado los instrumentos propiamente dichos, representa una reivindicación de la presencia de los propios derechos en la vida pública. La ubicuidad no podría tener otra aspiración más elevada.

La relación del ciudadano y el Estado en el marco de los derechos fundamentales va mucho más allá en el constitucionalismo contemporáneo, pues el efecto de irradiación que estos han adquirido sobre el sistema jurídico por entero ha llevado a su ubicuidad.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Cfr. ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, trad. de Rebecca JOWERS, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2da edición, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Fontamara, Madrid-México, 2013, p. 46.

Los derechos fundamentales han dejado de ser vistos como un patrimonio de unos cuantos privilegiados que podían reclamar violaciones a los mismos, siempre y cuando tales violaciones hayan sido perpetradas por el Estado. Los horizontes actuales de los derechos se han expandido gracias a las aportaciones de ALEXY sobre la ubicuidad y la omnipresencia de los derechos.

# Recensiones de libros

**LUIS M. BUCH RODRÍGUEZ. JUSTICIA Y REVOLUCIÓN,**  
Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2013.\*

Siguiendo con la máxima martiana de que “*Honrar, honra*”, el libro que hoy reseñamos forma parte de un conjunto de publicaciones que desde el 2010, el Tribunal Supremo Popular ha desarrollado con el objetivo de homenajear a importantes figuras de la judicatura nacional. La labor, por demás encomiable, contribuye a acercar a las nuevas generaciones de juristas a la vida y a la obra de paradigmas de la administración de justicia en el país.

La figura seleccionada en esta ocasión –en conmemoración, además, por los 40 años de la constitución del Sistema de Tribunales– es Luis M. BUCH RODRÍGUEZ (Santiago de Cuba, 1913-La Habana, 2000), magistrado del Alto Foro cubano (1962-1987), presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, y una excepcional figura del proceso revolucionario cubano.

El libro narra sus inicios en Santiago de Cuba y su labor revolucionaria desde que era estudiante del Instituto de Segunda Enseñanza, sus vínculos con Antonio Guiteras y su posterior ingreso a la Joven Cuba; resultan igualmente interesantes, los esfuerzos del joven por establecerse en La Habana e ingresar a la Universidad, vinculándose activamente en esa etapa a las luchas estudiantiles hasta su egreso de la Casa de Altos Estudios en 1938.

\* Por Giselle JORDÁN FERNÁNDEZ. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Asimismo, la interesante narración nos acerca a la labor profesional de BUCH RODRÍGUEZ como exitoso abogado –primero en Oriente y posteriormente en La Habana–, así como su importante labor como miembro activo del Movimiento 26 de Julio al asignársele significativas tareas en el exilio, su integración al Gobierno Provisional desde la entrada a Santiago de Cuba el 1ro de enero de 1959 y su labor como Secretario del Consejo de Ministros, responsabilidad que ocupó por varios años hasta su designación, en 1962, como magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, primero de la Sala de Garantías Constitucionales y Sociales, y luego de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de la que fue presidente por varios años hasta su jubilación.

La obra que reseñamos resulta también valiosa por recoger 13 sentencias escogidas dictadas por el magistrado durante el período de 1978 a 1986. Las sentencias destacan por su sólida argumentación y están comentadas por el juez José Félix LEÓN RIVAS, quien resalta importantes elementos técnicos e instituciones tratadas en las mismas que resultan de inestimable utilidad para el estudio del Derecho Procesal.

Por último, no podemos dejar de mencionar la faceta de escritor del magistrado, al asumir también el papel de cronista del proceso revolucionario, a través de varios libros que nos acercan a hechos y sucesos en los que su autor fue partícipe y protagonista.

*Luis M. Buch Rodríguez. Justicia y Revolución*, es un libro que nos brinda una panorámica de una figura en la que se aúnan, a la perfección, el jurista y el revolucionario. La obra, más allá de sus oportunas notas biográficas, de su interesante testimonio gráfico y de las valiosas sentencias recogidas, es un justo y merecido homenaje a una figura que todo jurista tiene el deber de conocer y recordar.

**LEY No. 81 “LEY DEL MEDIO AMBIENTE”**, de Alfredo SOLER DEL SOL, Colección “El Derecho al alcance de todos”, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2013.\*

Dentro de la colección “El Derecho al alcance de todos”, la Editorial de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos ha puesto a disposición de los lectores un nuevo título, *Ley No. 81 “Ley del Medio Ambiente”*, de la autoría de Alfredo SOLER DEL SOL.

La problemática ambiental ha sido asumida recientemente por la humanidad; el medio ambiente constituye hoy en día una gran preocupación tanto para los países desarrollados como para los subdesarrollados, a tal magnitud que los Estados han tomado partido en ello, lo cual se ha manifestado tanto en el ámbito internacional como en el interno de cada país.

La obra que se presenta goza del mérito de engrosar el cuadro de estudios jurídicos en una materia aún poco explorada en nuestro país como es el Derecho Ambiental. Dada la juventud que desde el punto de vista científico caracteriza al Derecho Ambiental, el libro en cuestión representa un intento más por ampliar la cultura jurídica ambiental y lograr un elevado nivel de concientización para enfrentar los acuciantes problemas medioambientales actuales.

*Ley No. 81 “Ley del Medio Ambiente*, es una obra en la cual el autor, sin dejar a un lado la escritura técnica, logra de forma clara y sencilla desplazar al lector por todo un conjunto de cuestiones esenciales del Derecho Ambiental, enfatizando en todo momento en la necesidad de proteger el medio ambiente en que vivimos.

En Cuba, la *Ley No. 81 “Ley del Medio Ambiente”* representa el eje medular del marco legal ambiental, siendo el instrumento jurídico encargado de establecer los principios rectores de la política ambiental en el ámbito nacional. En correspondencia con ello, el autor desarrolla su obra sobre la base de un conjunto de

\* Por Yaraí TOLEDO BARRIOS. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Asesoría Jurídica e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

interrogantes y sus correspondientes respuestas, relacionadas con la política y la gestión ambiental reguladas en esta Ley, así como lo referente a las distintas esferas de protección específicas también reconocidas en la normativa antes mencionada.

¿Qué se entiende por diversidad biológica? ¿Tenemos derecho a un medio ambiente sano? o ¿Quiénes están obligados a proteger el medio ambiente? Son aspectos generales tratados en esta obra a los cuales el autor ofrece respuesta desde la regulación que de estos temas se realiza en la Ley No. 81.

La obra consta en su estructura de Introducción, Parte General y después aborda cuestiones específicas como son el marco institucional ambiental; gestión ambiental; regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal; esferas específicas de protección del medio ambiente, así como el medio ambiente humano y la protección del medio ambiente en el desarrollo de las actividades laborales.

Sin lugar a duda, la obra que se reseña se concibió de forma tal que resulta accesible tanto a estudiantes y profesionales del Derecho como al lector común que se encuentre motivado por estos temas. De cualquier modo, la obra constituye un aporte más al enriquecimiento de la doctrina ambientalista en nuestro país, la cual necesita de autores que, como Alfredo SOLER DEL SOL, contribuyan a su fortalecimiento.

***LA VIVIENDA EN CUBA. UN NUEVO ENFOQUE LEGAL***, de Santiago HERRERA LINARES, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2013.\*

En noviembre de 2011 entró en vigor el Decreto-Ley No. 288, modificativo de la vigente Ley No. 65 "Ley General de la

\*Por Lisandra ESQUIVEL CABEZAS. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Vivienda”. Esta disposición es expresión de un nuevo enfoque legal con respecto a la propiedad de la vivienda y a las garantías legales que ostentan, en el ejercicio de los derechos, sus titulares.

En este sentido, la obra de HERRERA LINARES, *La vivienda en Cuba. Un nuevo enfoque legal*, facilita el acceso y la comprensión de esta Ley. Su texto va dirigido tanto a la población como a los operadores del Derecho, que tienen la función de asesorar y representar a las personas en diversas instancias administrativas y judiciales.

A partir de la utilización del método histórico jurídico, HERRERA LINARES de forma sucinta aborda cuatro períodos de lo que él denomina como las etapas principales de la política revolucionaria en el tema de la vivienda. Utiliza como referentes: las primeras medidas de beneficio popular promulgadas del 1ro de enero de 1959 hasta el 14 de octubre de 1960; la Ley de Reforma Urbana, de 1960; la Ley No. 48 “Ley General de la Vivienda”, de 1984; la Ley No. 65 “Ley General de la Vivienda”, de 1988, y las modificaciones que a esta última hace el Decreto-Ley No. 288 de 2011, epicentro del texto que recensamos.

Con un lenguaje ameno y sencillo, el autor advierte el tratamiento dado en este cuerpo legal a las instituciones propias de la especialidad como la compraventa, la permuta y la donación de viviendas. Vincula la regulación especial a las supletorias correspondientes al Código Civil vigente. Señala las normas complementarias a este Decreto-Ley. Aborda la problemática de la inscripción registral y dentro de ella la actualización de los títulos de propiedad. Mención especial merece el análisis de los problemas relativos a la herencia sobre la vivienda, los derivados de los derechos en las salidas del país, así como de las facultades otorgadas al notario y de su importante papel en todo el régimen actualizado de la vivienda en nuestro ordenamiento jurídico.

Valor añadido posee el libro al contener el texto íntegro del Decreto-Ley No. 288 y sus disposiciones complementarias:

Resolución No. 85 de 2011 del Ministro-Presidente del Banco Central de Cuba; Resolución Conjunta No.1 de 2011 de los ministros de Justicia y del Interior, y la Presidenta del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución No. 342 de 31 de octubre de 2011 de la Presidenta del Instituto Nacional de la Vivienda; Resolución No. 351 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Finanzas y Precios; Resolución No. 270 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, capítulos II, III, IV y V del Decreto No. 272 “De las Contravenciones en Materia de Ordenamiento Territorial y de Urbanismo” de 20 de febrero de 2001; Circular No. 2 de 17 de junio de 1992 del Jefe Jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda, sobre los documentos que justifican la ocupación de viviendas y cuartos, así como una relación de las principales resoluciones emitidas por el Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda en relación con los temas objeto del libro.

Santiago HERRERA LINARES, quien desde el año 2003 se desempeña como jefe del Departamento de Asesoría y Legislación y como director jurídico del Instituto Nacional de la Vivienda, nos regala un valioso libro de obligada consulta por los operadores del Derecho y una herramienta valiosa para la población que busca orientación, conocimiento y cultura en el tratado tema.

**LA LEY DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL**, de Aurelio A. CASTILLO ÁLVAREZ, Colección “El Derecho al alcance de todos”, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2013.\*

¿Puede alguna persona desentenderse de la existencia del Registro Civil? ¿Cuáles son los elementos que constituyen el

\* Por Lisandra ESQUIVEL CABEZAS. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

estado civil de las personas? ¿Existen jurídicamente los hechos y actos jurídicos aun cuando no han sido inscritos? ¿Pueden ser cambiados el nombre y los apellidos? ¿Cómo proceder en cuanto al cadáver de una persona que haya fallecido fuera del territorio nacional? ¿Puede ser recuperada la ciudadanía cubana una vez perdida?

Son estas algunas de las interrogantes que resuelve CASTILLO ÁLVAREZ en su obra *La Ley del Registro del Estado Civil*, como parte del proyecto divulgativo que desarrolla la Organización Nacional de Bufetes Colectivos en su colección “El Derecho al alcance de todos”. El noble propósito de contribuir a la formación de valores jurídicos en la población cubana y de incrementar su cultura general, alistó a un buen número de juristas de alta calificación profesional, quienes comparten sus saberes de una forma amena y sencilla.

El texto que hoy recensionamos comenta un texto legal relevante para el desarrollo de las relaciones jurídicas y la vida de los ciudadanos en general: la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985 “Ley del Registro del Estado Civil” y su Reglamento, establecido mediante la Resolución No. 157 de 25 de diciembre de 1985, del Ministro de Justicia. Estas normas legales –si bien fueron promulgadas hace ya más de treinta años y requieren una valoración y adaptación a las actuales condiciones socioeconómicas y de desarrollo de las relaciones jurídicas en la sociedad cubana– conservan su vigencia.

Estructurado en ocho capítulos, el material aborda cuestiones tan disímiles como la publicidad derivada de la inscripción en el Registro del Estado Civil; las inscripciones de nacimiento, matrimonio, defunción y adquisición; pérdida y recuperación de la ciudadanía; libros y certificaciones del Registro, así como errores u omisiones registrales; los términos para la solución de la subsanación, las notas marginales y la reconstrucción y reinscripción de los asientos.

Su último acápite va dirigido a reflexionar sobre la importancia de la actividad registral y el valor probatorio de los documentos emitidos por el Registro del Estado Civil. Especial

referencia merece el análisis sobre el vínculo de esta actividad con el Derecho Penal, específicamente aquellas figuras delictivas en las que puede incurrir el registrador de incumplirse o ser utilizadas en beneficio propio o de un tercero, las disposiciones jurídicas que regulan su actuar.

El Registro del Estado Civil en su carácter público y los principios que sustentan su organización y actuación demuestran que, en su esencia, implica ofrecer seguridad jurídica para los inscritos y terceros en el marco de las relaciones jurídicas y originar un clima de confianza que permita a los interesados ejercitar los derechos relacionados con el objeto de inscripción. Propósito que quedaría trunco si se desconoce por parte de la población su existencia y función. En este sentido, CASTILLO ÁLVAREZ tiene el mérito de, tal como versa el nombre de la colección a la que pertenece esta obra, poner al alcance de todos, los elementos básicos que permiten el cumplimiento y respeto de la legalidad, así como la comprensión de máximas que rigen la actividad registral.

***DERECHO AGRARIO Y DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE***, de Miriam P. VELAZCO MUGARRA, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2013.\*

Una nueva obra llega al panorama jurídico en nuestro país, esta vez de la autoría de la Doctora en Ciencias Jurídicas Miriam P. VELAZCO MUGARRA, quien es portadora de una larga experiencia como agrarista y tanto desde el ejercicio de la abogacía como de la práctica académica ha sabido transmitirnos su acervo de conocimientos.

\* Por Yaraí TOLEDO BARRIOS. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Asesoría Jurídica e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Bajo el título “*Derecho Agrario y desarrollo rural sostenible*” se nos entrega una obra de gran rigor científico, actualidad y profundidad en los temas objeto de análisis, fruto de la consagración y el trabajo continuo de su autora, quien durante décadas se ha dedicado a enaltecer la importancia de esta rama del Derecho, que cada día se torna más dinámica y compleja.

Como plantea la autora, esta obra se dedica a analizar la relación del Derecho Agrario y el desarrollo rural sostenible, centrándose en valorar legislaciones y políticas agrarias como instrumentos de dicho desarrollo en distintas áreas de Iberoamérica y analizar las experiencias que pudieran ajustarse a nuestro contexto, a fin de justificar una propuesta de Ley de Desarrollo Rural Sostenible nacional.

A lo largo de sus páginas, la autora comparte ideas de gran valor teórico a tono con el pensamiento agrarista más moderno, poniendo de relieve la transversalidad del ambiente y la alimentación con la agricultura. Desde esta perspectiva realiza un análisis de instrumentos útiles para la gestión del medio rural en pos de lograr la sostenibilidad, no solo desde un punto de vista agrícola, sino económico, territorial, ambiental y social. El libro consta de tres capítulos en los cuales se desarrollan aspectos teóricos y prácticos, a través de los cuales la autora se propone contrastar la normativa y las experiencias logradas en la aplicación del desarrollo rural sostenible en los distintos sistemas de gestión.

Desde una visión moderna del Derecho Agrario, el primer capítulo desarrolla todo un contenido teórico, que basado en la teoría de las tres A del *ius* agrario: agricultura, alimentación y ambiente, demuestra la interdisciplinariedad e interdependencia de esta rama del Derecho y el desarrollo rural sostenible. Además, se enfatiza en la importancia de la Agenda 21 y Agenda Local 21 en el ámbito de la multifuncionalidad de la agricultura y la nueva ruralidad.

El segundo capítulo nos muestra la trascendencia, desde un enfoque territorial, del desarrollo rural sostenible en la adopción de estrategias adecuadas para el desarrollo agrícola y rural como los contratos agrarios, la competitividad en el mercado y la repercusión, en el tema, de la concepción cubana del ordenamiento ambiental.

El tercer capítulo refrenda un estudio de políticas y legislaciones de desarrollo rural sostenible, se analizan problemas del desarrollo rural en países de Iberoamérica. Además, se valora la relevancia de la política del desarrollo endógeno en países miembros del ALBA, tomando como referencia a Venezuela, Bolivia y Cuba. También son objeto de análisis en este capítulo, las reformas estructurales del sistema para el desarrollo rural de China, la Ley del Desarrollo Rural Sostenible de España y los retos de futuro en la Unión Europea.

Por último, valiosas conclusiones permiten a la autora destacar la relevante función de la ley como instrumento de gestión hacia el desarrollo rural sostenible y la propuesta, dada la necesidad en Cuba, de una ley reguladora del desarrollo rural sostenible con enfoque territorial.

La obra que se reseña posee un valor indubitado, no nos encontramos ante un clásico texto docente, sino ante un libro de referencia para profesores, operadores del Derecho, estudiantes y todo el personal interesado en conocer sobre Derecho Agrario y desarrollo rural sostenible. La autora, utilizando un lenguaje sencillo y diáfano, ha logrado transmitir de manera coherente contenidos que por su naturaleza resultan complejos en el ámbito jurídico. Ciertamente, contamos con una profunda obra que invita a los juristas a adentrarse en las complejidades del desarrollo rural sostenible, tópico tan ávido de estudio y debate en la doctrina patria.

**NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO ¿UN NUEVO PARADIGMA?**, de Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablo Editor, México, 2014.\*

El autor de este texto que recensamos, el profesor camagüeyano Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL, inicia su estudio partiendo de que la Constitución, tal como hoy la reconocemos, es el resultado de las revoluciones burguesas desarrolladas a finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX.

Generalmente, es la Constitución el punto de conexión entre el Derecho y el poder, desde el punto de vista formal, aunque también lo es entre el poder y el pueblo en los procesos de elaboración constitucional, ejercicio del poder y la participación popular en la toma de decisiones. Asimismo, ella media entre la dominación y la participación, entre los derechos y los deberes de ambas partes de la relación jurídico-política que se establece entre el Estado, de un lado, y la ciudadanía –genérico– de otro.

Aunque nos encontramos ante una temática que no es de reciente análisis, sino que data en la época moderna, de finales del siglo XVIII en que se produjeron las revoluciones burguesas Inglesa y Francesa, así como la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica y, ya un poco más tarde, las de varios países del subcontinente latinoamericano a partir de 1810, siempre es de interés por su implicación con el poder y el pueblo, además de las diversas acepciones que de alguna manera expresaban el sentido del vocablo Constitución.

En los procesos de formación del Estado burgués liberal y de los Estados latinoamericanos que vieron la luz como

\* Por Amanda Laura PRIETO VALDÉS. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

consecuencia de su liberación del yugo colonial, fueron los paradigmas políticos liberales, relativos a la soberanía de la nación, la representación, o participación de los ilustrados, que en aquel momento se consideraron a sí mismos como pueblo al “recibir una delegación o depósito de la soberanía”, los encomendados a participar en la toma de decisiones, tanto para conformar al Estado, elaborar o reformar la Constitución. En tales casos, la participación popular se vio limitada al aporte de la vida en los procesos liberales burgueses. Pero ya para finales del siglo XIX e inicios del XX, se empiezan a producir cambios sociales por la implicación popular directa en los procesos democráticos.

VILLABELLA ARMENGOL refrenda que en la conformación del Derecho Constitucional resultan hitos los primeros procesos revolucionarios debido a que en ellos se promulgaron los documentos fundacionales y se condensaron los conceptos y principios estructuradores de la disciplina. Tal así es, que de la mano de las revoluciones burguesas que se desarrollaron a lo largo del siglo XIX, se expandió el constitucionalismo escrito. Y es como correlato de la universalización del constitucionalismo, que se produjo un proceso de sistematización teórica que tributó a la formación de una disciplina particular dentro del Derecho Público.

Por su parte, la modernización formal que se produjo del discurso constitucional, las reformas que se introdujeron, el debate doctrinal que desencadenó, el estímulo de un proceso de reflexión que aflorara posteriormente en un pensamiento constitucional crítico y autóctono, al decir del autor de la obra, fueron las cuestiones principales que desembocaron o que marcaron el inicio de *un nuevo constitucionalismo en la región*.

Más adelante, VILLABELLA ARMENGOL defiende la idea de que el renovado modelo constitucional afloró definitivamente en la región con textos en los cuales convergieron diversos aspectos que le proporcionaban una fisionomía novedosa: la alta proyección social de sus contenidos, la legitimación de variadas e inéditas vías

de participación directa del titular de la soberanía y la institucionalización de mecanismos para su ejercicio, y el hecho de que fueran gestadas en procesos constituyentes genuinos, donde se activó al constituyente originario.

He aquí uno de los grandes aportes de la obra que nos presenta el autor. Nos regala un material que —en palabras de Miguel CARBONELL— permite hacer un recorrido por la historia del constitucionalismo y una descripción puntual de las más recientes tendencias del Estado constitucional en América Latina. Estructurado en cinco acápites o temáticas generales, el material desplaza al lector por este tracto histórico. La bibliografía anexada por el autor constituye un medidor de la amplia gama de publicaciones sobre el tema en el ámbito teórico jurídico.

La última parada de la obra descansa en cuadros comparativos de las constituciones latinoamericanas, permitiéndole al lector conocer acerca de la forma en que se organizan constitucionalmente nuestros países de Latinoamérica.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano exige de estudios teóricos que permitan sustentar el análisis y estudio comparativo, de forma tal que el lector pueda presenciar que el constitucionalismo ha ido evolucionando en la medida en que las sociedades lo han hecho. La obra de VILLABELLA ARMENGOL está inmersa en el espectro de obras que brindan estos aportes.

**SEGURIDAD SOCIAL**, de Raúl AVELLO PEÑA, Colección “El Derecho al alcance de todos”, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2014.\*

Decía el Apóstol que “... la madre del decoro, la savia de la libertad, el mantenimiento de la República y el remedio de sus

\* Por Jennifer BATISTA TORRES. Licenciada en Derecho. Profesora Adiestrada de Derecho Laboral del Departamento de Asesoría Jurídica y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

vicios, es, sobre todo lo demás, la propagación de la cultura” (en “Tilden”, *La República*, Honduras, 1886, tomo 13, p. 301), lo que nos permite dejar claro lo trascendente de un pueblo culto e instruido; en especial, sobre sus derechos fundamentales.

En aras de colocar en las manos del pueblo trabajador y del resto de sus ciudadanos un texto con los elementos fundamentales del sistema de seguridad social cubano, Raúl AVELLO PEÑA, de conjunto con Ediciones ONBC, nos presenta un trabajo donde se abordan estas cuestiones de forma general.

Texto de apenas cincuenta y tres cuartillas, utiliza un lenguaje claro, sencillo y escaso de tecnicismos jurídicos, lo que permite a sus lectores conocer y entender los elementos aquí tratados sin ser juristas, más cuando se trata de un derecho tan importante como la seguridad y la asistencia social.

AVELLA PEÑA comienza su obra con una breve introducción donde refiere cómo desde una época tan temprana como 1819 Simón Bolívar expuso que *un sistema de gobierno perfecto es aquel que produce mayor suma de seguridad social*. Hace énfasis en los orígenes de la seguridad social como institución y como derecho reconocido constitucionalmente. Más adelante sistematiza en concisas líneas el decursar de la seguridad social en el país desde la Pseudorreública hasta el triunfo de la Revolución.

Es un texto que se estructura en siete capítulos donde el autor va analizando los elementos de mayor trascendencia y los casos que se presentan en la práctica diaria a la luz de la puesta en vigor de la vigente Ley No. 105 de 2008 y de su Reglamento. Inicia los análisis introduciendo el régimen general de seguridad social comentando sobre el alcance de la protección, quiénes son los sujetos beneficiados y los tipos de prestaciones que se pueden disfrutar. Sobre todo, aclara cómo se financia la seguridad social.

Explica cada una de las pensiones comprendidas en la Ley y analiza los elementos novedosos que incluyó el legislador, como, por ejemplo, el incremento de la edad para el retiro laboral y la posibilidad de que las administraciones puedan promover la tramitación del expediente de jubilación si observan disminución del rendimiento o capacidad del trabajador. Alude al tema de los certificados extemporáneos y las situaciones que se dan con relación a ellos. También hace valoraciones sobre los casos de las cirugías estéticas a los efectos del pago del subsidio por enfermedad.

Se refiere, además, al papel preponderante de la Comisión de Peritaje Médico Laboral en lo relativo a la invalidez para el trabajo, otorgando herramientas al lector para la defensa de su derecho a la seguridad social. Aclara, entonces, que el Comité de Expertos solo tiene un papel decisivo en lo concerniente a la determinación de la idoneidad demostrada. Describe también los elementos de la pensión por causa de muerte, quiénes son los beneficiarios de tal y qué requisitos han de concurrir. Concluye la parte referida a la seguridad social con los procedimientos para el trámite de estas pensiones.

Finaliza el libro con la institución de la asistencia social comentando sobre su alcance, las personas protegidas, los servicios sociales que comprende, entre otros elementos de especial interés. Deja en claro que si bien esta institución es un derecho fundamental materializado en las leyes de seguridad social, su aplicación obedece a determinadas situaciones que quedan definidas en la norma.

*Seguridad Social* es un texto cuyo fin fundamental es hacer llegar a los lectores no profesionalizados en Derecho los elementos claves para la defensa de uno de sus derechos laborales más importantes. Incluso, sirve de guía a los estudiantes de la carrera y a los operadores del Derecho para esclarecerse sobre interpretaciones en relación con varios temas algo complejos y poco tratados en la práctica.

El texto toca no solo temas típicos, sino que alude a vivencias reales que se presentan a diario en los centros y entidades

laborales, haciendo énfasis en aquellos que resultan más controvertidos. El autor efectúa oportunas valoraciones. Todo ello le permite realizar comentarios y críticas, resaltando el estado de indefensión en que la propia norma legal coloca, en ocasiones, a los trabajadores y personas beneficiarias de la asistencia social. Se convierte así en una herramienta para el pueblo en general que puede desconocer sus derechos o aun conociéndolos no saber cómo exigirlos. Este es un texto que, como dijo Martí, viene a propagar la cultura jurídica y, pudiese agregarse, a ilustrar nuestro derecho a (y nuestro Derecho de) la seguridad social.

**JOSÉ A. GARCÍA ÁLVAREZ. COMBATE Y JUSTICIA POPULAR**, Tribunal Supremo Popular, La Habana, 2014.\*

Resulta indudable la importancia que tiene para el gremio jurídico el acercamiento a grandes figuras del Derecho en Cuba, especialmente a brillantes exponentes de la judicatura nacional. Este es, precisamente, uno de los grandes méritos de las publicaciones que ha ido llevando a cabo el Tribunal Supremo Popular desde el 2010, en recordación a excelsas figuras del Alto Foro cubano. La lectura de estos volúmenes es un justo homenaje a la trayectoria de hombres que consagraron sus vidas a la honrosa profesión de juez y es, además, un estímulo para las nuevas generaciones que ataviados con la toga, administrarán justicia.

En tal sentido, la obra que hoy reseñamos está dedicada a José A. GARCÍA ÁLVAREZ (1915-2001), quien fuera magistrado del Tribunal Supremo por más de cuarenta años y presidente de la Sala de lo Penal. El libro nos presenta una síntesis biográfica del excepcional jurista que nació en La Habana, en el seno de una familia humilde, y que trabajó desde muy joven sin

\* Por Giselle JORDÁN FERNÁNDEZ. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

abandonar la meta de estudiar Derecho, matriculando en la Casa de Altos Estudios en 1934.

La narración nos conduce por las diferentes etapas de su vida profesional, primero como abogado —en Camagüey y en La Habana—, luego como juez en la antigua provincia de Oriente y posteriormente de nuevo en tierras agramontinas; de esta época resalta en el relato, su carta de renuncia a su cargo de juez suplente en el Poder Judicial, denunciando el régimen de la tiranía batistiana y poniendo de relieve su apoyo al proceso revolucionario y al Movimiento 26 de Julio.

También se resaltan los méritos del magistrado a partir de 1959 y el conjunto de responsabilidades que desempeñó no solo en su función de juez del Tribunal Supremo, sino en importantes misiones de gobierno fuera de Cuba y como miembro asesor del Comité Central del Partido Comunista de Cuba en materia legislativa.

La obra que hoy reseñamos tiene igualmente un importante valor histórico y científico, ya que recoge dos artículos de GARCÍA ÁLVAREZ publicados en 1962 en la *Revista Cubana de Jurisprudencia*: se trata de: “Los tribunales revolucionarios (primera etapa)” y “Apuntes sobre el Derecho Penal”. El primero de ellos resulta un interesante testimonio de quien dirigiera dichos tribunales, primero como jefe de la Asesoría Jurídica y posteriormente al frente de la Dirección de la Fiscalía. En tal sentido, se abordan en ese texto los objetivos de los tribunales revolucionarios y aspectos de carácter procesal como las características del procedimiento y los recursos. El segundo artículo resalta la importancia del Derecho Penal, refiriéndose a su esencia, a las transformaciones acontecidas y las notas distintivas del Derecho Penal revolucionario y socialista.

Igualmente, resultan de gran relevancia los textos del MSc. Danilo RIVERO GARCÍA: el primero de ellos donde expone la opinión de GARCÍA ÁLVAREZ en torno al Acuerdo No. 172 de 1985 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular y el segundo, relativo a una sentencia en la que el magistrado

fue juez ponente y preserva su valor a la hora del análisis del delito de malversación.

Por último, es dable destacar el interesante testimonio gráfico, que con fotos, documentos y cartas viene a completar acertadamente la visión de esta importante figura de la judicatura cubana. Solo resta invitar a la lectura de este texto, convencidos de que tanto jueces como juristas en sentido general, encontrarán en sus páginas un referente imprescindible para su diario quehacer.

**¿QUÉ MUNICIPIO QUEREMOS? RESPUESTAS PARA CUBA EN CLAVE DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESARROLLO LOCAL**, coordinado por Lissette PÉREZ HERNÁNDEZ y Orestes J. DÍAZ LEGÓN, Editorial UH, La Habana, 2015.\*

La obra es resultado del proyecto de investigación “La descentralización municipal en pos del desarrollo local y la actualización del modelo económico” que resultó premio Alma Mater en el año 2012 en la categoría de Desarrollo Local. Se trata de un libro colectivo donde intervinieron 22 profesionales, de ellos 18 juristas, dos economistas, una arquitecta y un geógrafo, estos últimos han dedicado parte de su vida a estudios sobre el desarrollo local.

Bajo la guía de dos excelentes coordinadores, la estructura del texto nos conduce desde un análisis histórico, que nos devela las raíces transformadoras municipales nuestras que ponen de relieve la existencia de problemas actuales que arrastramos de la Colonia; pasando por nuestros derroteros, los antecedentes mediatos y el tránsito hacia el socialismo, centro del texto, y que agrupa la mayor cantidad de artículos.

\* Por Yunier Jorge FEITO ALBA. Licenciado en Derecho. Profesor Instructor de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

*¿Qué municipio queremos?...* es un texto llamado a convertirse en guía para las transformaciones en el orden institucional municipal y teniendo como premisa el desarrollo local; fue la meta de los autores plasmar los fundamentos jurídicos que pueden constituir base para el perfeccionamiento municipal; se nutre, además, de reflexiones en el orden económico y sociológico que permiten al lector discernir sobre los problemas actuales de nuestra sociedad y la importancia de la descentralización municipal.

Si el libro constituye un baluarte en sentido general, su epílogo estampa la "Propuesta de una guía metodológica en pos del perfeccionamiento municipal en Cuba" que nos resume los fundamentos y principios del municipio que queremos, visto este como un espacio de gobierno local, popular y democrático.

Fuente indiscutible de conocimiento lo constituyen los anexos del texto, seleccionados con gran cautela y a posta nos enlaza con las principales normas y proyectos para el estudio municipal en Cuba ordenados cronológicamente, una línea de tiempo y reseñas de obras sobre el *iusmunicipalismo* por autores del patio; en tal sentido sobresale el anexo dedicado a las Bases para una ley de municipios en Cuba, pues contribuye al debate público ya no solo en el recinto académico, sino con un alcance hacia la sociedad y sus dirigentes.

Total certeza hallará el lector que se acerque a tan enorme obra, de descubrir el municipio que queremos para la Cuba de los siguientes años; un municipio que gestione sus asuntos públicos con verdadera autonomía y al cual se le respete su competencia para impulsar proyectos de desarrollo local que se enlacen con las políticas nacionales, evidenciando así, además, la compatibilización entre la centralización y descentralización de las decisiones estatales; todo ello posible por la existencia de instrumentos jurídicos que propician estos cambios.

**EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. UNA VISIÓN DESDE CUBA,** de Grethel ARIAS GAYOSO, Editorial Novum, México D.F., 2015.\*

La idea de lograr un ámbito de control para los actos administrativos que gozan de un espectro de libertad o un espacio de libre actuación, ha sido uno de los elementos permanentes en las necesidades de reformulación del Derecho Administrativo, adaptado a los tiempos modernos. Tal rúbrica evidencia la necesidad de la realización de estos estudios y la llegada de una obra vital para el Derecho Administrativo, por demás para el ordenamiento jurídico cubano, corporificada en el libro que aquí se reseña y que evidencia el marcado desarrollo que ya muestra el Derecho Administrativo cubano, y a la larga, el Derecho Público nacional.

Partiendo del criterio expuesto en el exquisito prólogo a cargo del Dr. Avelino BLASCO ESTÉVEZ, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de las Islas Baleares, “se repiensen y reformulan grandes instituciones del Derecho Público cubano en un apasionante momento histórico”. Es la discrecionalidad una de ellas, lo que el texto muestra en toda su extensión, y responde a la imperiosa necesidad de impulsar los estudios de Derecho Administrativo cubano desde esas instituciones generales que pueden ser particularizadas posteriormente.

Amparada en un estudio exquisito del estado, condicionantes y elementos de la discrecionalidad administrativa, la investigación que se nos presenta se ha dividido en tres capítulos que describen la temática de forma ordenada, coherente y sistemática, de manera que resulta de agradable y fácil lectura, al igual que su comprensión.

\*Por Yalenni PÉREZ URQUIZA. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente (Santiago de Cuba).

El capítulo primero nos muestra a profundidad la estrecha relación entre el principio de legalidad y la discrecionalidad, superando condicionantes de otrora que concebían la potestad discrecional de la Administración Pública como un instituto muy poco vinculado al necesario principio de legalidad. A partir de esta necesaria vinculación, se sistematizan los principales conceptos de discrecionalidad administrativa mediante un exquisito y exhaustivo estudio bibliográfico que enriquece el estudio que se presenta y que facilita la distinción de la mencionada discrecionalidad con otras figuras o categorías conexas.

El capítulo segundo es, a nuestro entender, uno de los mayores aportes de la obra. Se parte, en esta sección, de la necesaria idea del control de la discrecionalidad administrativa, criterio encumbrado y consecuente con la vinculación de legalidad antes presentada. Su novedad radica no solo en la determinación de la discrecionalidad como elemento controlable, sino en la exposición de las formas de control vigentes en ordenamientos jurídicos foráneos. Así se analizan, en dependencia de las características de los sistemas de Derecho vigentes, los mecanismos de control permitidos en controles no judiciales –con variantes disímiles– y en controles judiciales –con la disyuntiva del control de legalidad o de oportunidad.

El tercer capítulo, a nuestro juicio, trascendental, se avoca al análisis de la discrecionalidad en Cuba y los mecanismos de control que se le permiten, si se pudiera. A partir de un estudio histórico y teórico detallado de la ambas instituciones en Cuba, la autora realiza una merecida parada en la legalidad cubana luego de 1976, momento de entrada en vigor de la Constitución vigente, lo que se imbrica con la puesta en vigor de la Ley No. 7 de 1977, hoy Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, que consagra la imposibilidad de la justicia administrativa administrada en sede judicial de conocer de actos derivados del ejercicio de potestades discrecionales. Amparada en ambas disposiciones, y otras que le complementan, la autora realiza un estudio de la teoría,

norma jurídica y disposiciones del Tribunal Supremo de Cuba que sustentan un diagnóstico objetivo de la condición de la discrecionalidad administrativa, además de la concepción imperante. De ahí que resulte igual de valedero el análisis, consecuencia lógica del anterior, de los mecanismos de control vigentes para garantizar el límite en el ejercicio de la citada discrecionalidad.

A partir del análisis de la legalidad vigente, y las implicaciones lógicas de la interpretación al citado principio, pasa a analizar el control no judicial de la misma, advirtiendo formas valederas de control político, de control administrativo propiamente dicho, el control por parte de los órganos de la Fiscalía General de la República y lo que denomina control ciudadano o popular, para finalizar en el necesario y pretendido control judicial de la discrecionalidad. Evidentemente, el resultado se complementa en todo momento con criterios acertados y valederos que no tienen otro fin que el del perfeccionamiento del ordenamiento jurídico cubano en los sectores en los cuales está presente la discrecionalidad administrativa, con el adecuado pronunciamiento en cuanto a los mecanismos efectivos para su control.

Quizá encuentre el lector pronto final en la obra presentada, descubriendo una de las grandes cualidades latente en la investigación: la sencillez del lenguaje, que transmite conceptos complejos, complicados, de manera que resulta agradable su lectura y mucho más fácil la comprensión. Es esta habilidad útil en temas tan necesarios para la formulación de pautas que tributen hacia el perfeccionamiento de instituciones vitales como la que nos ocupa; habilidad que hace de esta obra, y de su autora, una prenda para la cual el Derecho Público cubano se viste de galas.

**ABOGACÍA Y DERECHO: GESTIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS. ABOGACÍA 2015**, dirigido por Ariel MANTECÓN RAMOS y coordinado por Elizabeth MOYA LINARES, Ediciones ONBC, Organización Nacional de Bufetes Colectivos, La Habana, 2015.\*

En octubre de 2015 tuvo lugar la celebración del Congreso Internacional Abogacía 2015, en La Habana, evento que todos los años organiza la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) y que ahora en el volumen correspondiente a 2015, dentro de la serie *Abogacía y Derecho: gestión de conflictos jurídicos*, recoge una muestra de los trabajos presentados por abogados y juristas en general, nacionales y extranjeros, en ese encuentro.

Como en la edición anterior (2014), se nos presenta un volumen único, estructurado en cinco partes que se convierten en los ejes ramales del tema central que convoca el evento: *Litigios civiles y de familia*; *Litigios penales*; *Litigios económicos, mercantiles y financieros*; *Retos del Derecho del Trabajo*; y, cerrando el texto, *Ética y pensamiento jurídico*. Este es un libro diseñado para mostrar la labor teórica y empírica de los abogados, por lo que tiene un importante componente práctico. Los contenidos del texto y su certera estructuración logran con éxito el propósito.

En esta oportunidad, el texto se inicia con un artículo único que se centra en el análisis de los conflictos existentes entre las garantías procesales a los diferentes recursos y su ejecución en las sentencias civiles de primera instancia. Se trabaja desde un estudio comparado y se centra en la realidad del territorio español. A renglón seguido se abordan los litigios civiles y de familia, el que siguiendo la línea de las ediciones anteriores, coloca su visión en la modernización del proceso

\* Por Lien SOTO ALEMÁN. Profesora Asistente de Derecho Económico y Mercantil del Departamento de Asesoría Jurídica y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

civil. Se analizan tópicos relevantes como las medidas anticipativas en el proceso de familia cubano, específicamente el proceso de alimentos cuando se encuentran en disputa los derechos de los menores. De suma relevancia resultan las reflexiones en el artículo referido a las medidas asegurativas en procesos civiles y familiares relacionados con la discapacidad, en cuyo texto las autoras analizan la figura de la curatela y su inclusión en los anteproyectos del Código de Familia cubano, en sus versiones 2004 y 2010. Sobre la implementación de la oralidad en la fase probatoria del proceso civil, se nos presenta un artículo que analiza los principios inspiradores del proceso civil cubano, sus ventajas y desventajas, y que de forma sagaz aporta las bases legales para la reformulación de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico en relación con los medios de prueba y el principio de oralidad. Como resaltan los autores, la implantación de un mayor uso del principio de oralidad en el trámite probatorio del proceso civil le dotaría de mayor intermediación, concentración, celeridad y una mayor efectividad en el cumplimiento de las garantías para las cuales se encuentra diseñada. En otra línea temática se expone una historia del seguro de título inmobiliario en México y se presenta un interesante artículo sobre el divorcio sin causal en el estado de Nuevo León, en el propio país. Se razona sobre las posibles contradicciones entre la legislación estatal de Nuevo León y las disposiciones establecidas a nivel federal y en la propia Constitución mexicana. La oportunidad de los temas tratados en esta parte del libro en su generalidad es conveniente.

Como en la edición anterior, la presencia de juristas foráneos en la obra es aún más palpable en la sección del libro dedicada a los litigios penales. En tal sentido, el lector puede acercarse a las características del sistema penitenciario brasileño, al tratamiento legal de la víctima en el delito de secuestro en México y el papel del Ministerio Público de ese país como garante de los derechos fundamentales de las víctimas. De Colombia obtendrá reflexiones sobre la crisis de la noción de *bloque de constitucionalidad* y su incidencia en el Derecho Procesal Penal. Los trabajos de autores

cubanos brindan a la comunidad jurídica nacional los elementos fundamentales de la actividad probatoria en el proceso penal cubano, con énfasis especial en la necesidad de modificar la Ley procesal de manera que se reconozca la inutilización de los elementos probatorios que sean contrarios a los derechos fundamentales de los individuos y abogan por la introducción de criterios que permitan la declaración de la ilicitud de una prueba incorporada al proceso penal.

El Convenio Arbitral es el acuerdo en virtud del cual las partes en un conflicto deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Asume la forma de cláusula compromisoria o compromiso arbitral. Sobre la defensa procesal del Convenio Arbitral, el texto nos presenta un artículo en la tercera parte del libro, donde con llano abordaje se explica cómo no solo la actitud de la parte que es conminada ante un tribunal ordinario en detrimento del acuerdo suscrito, es relevante para la defensa del convenio, sino también el cumplimiento de los principios que orientan el actuar de quienes intervienen en la solución del conflicto, y la eficacia que se le otorga al Convenio Arbitral y su regulación en el marco convencional e interno de los Estados. Se apoya en estudios doctrinales y jurisprudenciales. Desde la experiencia foránea otro de los artículos realiza un análisis sobre la falta de jurisdicción de los órganos del poder judicial en el arbitraje comercial internacional, y desde la experiencia panameña se presenta un texto con certeras reflexiones sobre las peculiaridades del arbitraje aplicado a los conflictos societarios en la realidad comercial de ese país centroamericano.

Dentro de los estudios que se integran en la parte tercera del libro, dedicada a los litigios mercantiles, como es costumbre en las últimas ediciones, resaltan los vinculados al fenómeno cooperativo en el marco de la actualización del modelo económico cubano. Con un prisma eminentemente tributario se defiende la necesidad de un régimen especial de tributación para estos sujetos de gestión y se propone con

acierto la inclusión en el texto constitucional de las conocidas inmunidades tributarias, a manera de incentivo para su constitución. En otra línea temática se abordan las sociedades mercantiles laborales en Cuba y las bondades de su posible reconocimiento y utilización en el escenario cubano. Desde la Propiedad Intelectual se vierten estudios sobre las medidas en frontera como garantía a la inversión extranjera en la Isla y desde España se aporta un profundo análisis sobre las modalidades contractuales aplicables a las redes de franquicia y los efectos de su internacionalización en la actualidad.

La cuarta parte se reserva al Derecho del Trabajo y cuenta con una amplia aportación de autores nacionales. Se inicia con un análisis de la nueva Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, estudio relevante si tenemos en cuenta que el envejecimiento poblacional constituye uno de los grandes desafíos de la era moderna, correspondiendo a los Estados la función de garantizar los derechos de las personas mayores. En relación con la defensa de los derechos laborales de las personas discapacitadas en Cuba, se presentan reflexiones en el marco de la actualización del modelo económico y las necesarias alertas a considerar teniendo en cuenta la diversidad de empleadores, en el sector estatal y no estatal. La noción del adolescente trabajador y su protección en el ordenamiento laboral cubano, se repasa mediante el análisis de las normativas internacionales suscritas por Cuba y el marco legal interno; se concluye que las leyes jurídico-laborales vigentes no regulan suficientemente el trabajo del adolescente al existir lagunas axiológicas y una latente dispersión normativa. Los estudios, en general, resultan atractivos a la lectura y realmente oportunos.

Tópicos de suma relevancia para el cónclave de abogados son los temas vinculados a la ética y el pensamiento jurídico, y en tal sentido la última parte del texto les dedica un espacio. Con acierto en la selección de los temas y la secuencia de las exposiciones se sigue una línea de análisis y pensamiento lógico que guía al lector por temas asociados al papel de los abogados en la prevención del lavado de activos y el posible conflicto en sede nacional entre el secreto profesional y el

deber de información, con énfasis especial en las nuevas prácticas de los abogados en el asesoramiento a clientes en casos de compraventas y donaciones de bienes en Cuba; hasta otros asociados a la ética en la relación abogado-cliente y la necesaria implementación y actualización de los códigos deontológicos aplicables al ejercicio de la abogacía en las legislaciones nacionales.

Me gustaría concluir estas ideas resaltando que el lector se encontrará con un texto valioso, pues el Congreso del cual se hilvanaron las ponencias se ha consagrado gradualmente como un espacio significativo de exposición, debate y análisis. El texto cumple su cometido de brindar las experiencias prácticas de la actividad de la abogacía en Cuba y en otras realidades, así como pondera muy alto la vinculación teoría-práctica, tan cotidiana en la labor que desarrollan abogados y juristas en general.

***APROXIMACIÓN A LA HISTORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA***, Colectivo de autores, Ediciones ONBC, La Habana, 2015.\*

Fruto de la ardua investigación de un grupo de especialistas de la Fiscalía General de la República, es la obra que hoy reseñamos. Es, sin duda, relevante, tanto para los juristas como para todos los ciudadanos en general el conocimiento de las instituciones, y en tal sentido *Aproximación a la historia de la Fiscalía General de la República* se convierte, indubitablemente, en un texto de obligada lectura.

La trascendencia del Ministerio Público para la sociedad desborda los márgenes de estas líneas, pero solo se ha de valorar en su justa dimensión si se conoce, con profundidad, el devenir de esta importante institución.

\* Por Giselle JORDÁN FERNÁNDEZ. Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Uno de los principales méritos de la obra fue la rigurosa investigación que se realizara y el análisis documental tan importante que permitió reconstruir toda la evolución; es dable destacar no solo las entrevistas realizadas a importantes figuras del gremio jurídico, sino también los documentos examinados en la Oficina de Asuntos Históricos del Consejo de Estado, así como los de carácter histórico consultados en el Archivo Nacional, el Instituto de Historia, las bibliotecas del Tribunal Supremo Popular y del Tribunal Provincial de La Habana.

Un prólogo de lujo, a cargo del Dr. Rolando RODRÍGUEZ, resalta la importancia de la obra y ofrece, de manera general, una ilustrativa visión de importantes momentos de la historia de la Fiscalía desde sus albores y su trascendencia para la sociedad actual.

Estructurado en diez capítulos, la obra transita por la presencia de la Fiscalía en la legislación colonial y mambisa, los orígenes romanistas de la institución, su presencia en la legislación española y mambisa para posteriormente abordar la etapa de las intervenciones norteamericanas en la Isla; la etapa de la neocolonia, la presencia del fiscal y la Fiscalía a partir de la lucha insurreccional contra la tiranía de BATISTA, y la etapa revolucionaria, resaltando la importancia de la Ley No. 1250 de 1973 de organización del sistema judicial. Otras notas distintivas las aporta el Capítulo 6, dedicado a la Fiscalía Militar, y el Capítulo 7 que aborda el interesantísimo papel de la Fiscalía en sus relaciones internacionales.

Asimismo, la obra también pone de relieve las importantes misiones que desempeña la Fiscalía General en la sociedad cubana actual, por ello también merecen ser destacados los apartados dedicados al desarrollo y preparación técnico-profesional de los fiscales, a las rendiciones de cuenta de la Fiscalía a la Asamblea Nacional del Poder Popular y a sus actuales proyecciones de trabajo, en cumplimiento de los lineamientos y objetivos del VI Congreso del Partido y su Primera Conferencia Nacional.

En tal sentido, es importante destacar las metas que se reconocen para el trabajo diario y que forman parte de esta importante proyección estratégica, a saber: la organización y calidad de la intervención del fiscal en los procesos penales; la celeridad y calidad en la tramitación; la aplicación consecuente de la política penal; la preparación de los fiscales para el acto de juicio oral; el control de la legalidad en los establecimientos penitenciarios; la participación en los procesos civiles; la protección a los menores de edad; las verificaciones fiscales, entre otros aspectos de vital relevancia.

Por último, no podemos dejar de mencionar los anexos de la obra, que son un adecuado complemento a la lectura y una fuente indiscutible de conocimiento; algunos de ellos fueron seleccionados en apoyo a la evolución histórica, como es el caso de la referencia biográfica de Francisco Esteban TAMAYO GONZÁLEZ, fiscal designado por Carlos Manuel DE CÉSPEDES en ocasión de la toma de Bayamo. También se pueden apreciar datos estadísticos, fotografías y otros documentos que resultan de indudable interés para el lector.

Conocer a la Fiscalía es más que dominar lo regulado por el texto constitucional o la Ley No. 83, es conocer sus orígenes, su historia, su evolución, y en tal sentido *Aproximación a la historia de la Fiscalía General de la República* es una obra que viene a llenar un profundo vacío en la historiografía, a saldar una deuda con el pasado jurídico nacional y a señalar el camino por el cual proseguir.

**DERECHO LABORAL**, de Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO, Colección Jurídica, Editorial de Ciencias Sociales, 2015.\*

Escribir una obra donde se sistematicen las principales instituciones y categorías del Derecho Laboral no es labor

\* Por Jennifer BATISTA TORRES. Licenciada en Derecho. Profesora Adiestrada de Derecho Laboral del Departamento de Asesoría Jurídica e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

fácil. Si a ello se suma la documentación histórica de la evolución de esta rama del Derecho y del fenómeno del trabajo en general, sin lugar a duda, es una obra de trascendental importancia. Este libro que hoy se presenta a la comunidad jurídica por el Dr. Fernando Diego CAÑIZARES ABELEDO, quien fuera insigne profesor en la Universidad de La Habana, reúne dichas características.

Estructurado en dos grandes temáticas, la primera se dedica a los estudios históricos con el fin de iniciar el recorrido por la fascinante evolución de esta rama jurídica hasta lo que hoy conocemos como Derecho del Trabajo o Derecho Laboral. La segunda está destinada al estudio de las instituciones desde sus orígenes hasta sus elementos doctrinales.

Con un lenguaje sencillo, reservando los tecnicismos para las cuestiones pertinentes, el profesor describe con ingenio cada materia desde el punto de vista doctrinal; e igualmente realiza oportunos análisis sobre los elementos relevantes en cada acápite. Con un enfoque marxista logra colocar a disposición del lector, análisis y criterios sobre los trabajadores y el trabajo.

Comienza su texto con una breve presentación donde aclara cuándo surge la idea y la necesidad de que se publique teniendo en cuenta los importantes cambios que se están sucediendo en la legislación laboral. Prosigue su andar describiendo al trabajo como actividad humana y estableciendo el espacio en que se consideró un derecho. Deja claro que como tales es una necesidad y una obligación por la trascendencia que posee para las sociedades modernas, en tanto en la antigüedad se consideraba una labor denigrante.

Alude a la aparición del trabajo asalariado, a las primeras legislaciones con materias laborales, para posteriormente abordar el nacimiento del Derecho Laboral como rama autónoma del ordenamiento jurídico. Por supuesto, dedica un acápite a la internacionalización del mismo y finaliza la primera parte con algunas ideas y datos para una historia

del Derecho Laboral en Cuba. Especial alusión realiza al reconocimiento del trabajo como derecho constitucional, lo cual constituye parte del valor de esta obra, dado que pocos textos cubanos sobre Derecho Laboral analizan esta cuestión. Destaca que en Cuba el trabajo es el fundamento de la existencia de la República.

Examina las diferentes instituciones entre las que destacan la capacidad jurídica laboral donde alude a la distinción entre esta y la típica capacidad jurídica civil, esclareciendo su manifestación en Cuba. A partir de ella se enfoca en la relación jurídica laboral que constituye el objeto de esta rama del Derecho y enuncia sus elementos fundamentales. También se refiere a la protección e higiene en el trabajo, denominación que se utilizaba con anterioridad para referirse a la seguridad y salud en materia laboral. Analiza el salario, la conceptualización, el derecho a la huelga –y no *de huelga*– y a los derechos sindicales. Es decir, recorre un abanico de materias trascendentes para el Derecho Laboral cubano.

Esta obra constituye, en palabras del autor, una modesta contribución a aumentar la cultura teórica e histórica en esta rama del Derecho para que los juristas de todas las edades, especialmente los jóvenes, conozcan y entiendan las instituciones laborales en aras de obtener la cultura laboral que se requiere en el ejercicio de esta especialidad. Si bien se hace referencia a la legislación laboral recientemente derogada, el texto no deja de cumplir su objetivo: promover el conocimiento jurídico doctrinal en materia laboral a los profesionales y estudiantes de Derecho, que por demás conocerán la manifestación de tal en normas previas pudiendo realizar consideraciones propias sobre los cambios ocurridos.

*Derecho Laboral*, del Dr. CAÑIZARES ABELEDO, es, pues, un libro que coloca a disposición de los que ejercen esta rama una herramienta que muestra un panorama general, sistemático y diferente de los derechos del trabajador, de su surgimiento y de las instituciones más importantes que lo informan. Es un texto más que necesario donde se evidencia lo que dijo Martí de que: “Para el trabajo queremos la República, para (...) dar ocupación real y

suficiente...” (“En casa”, *Patria*, Nueva York, 28 de mayo de 1892, tomo 5, pp. 368- 369) y es este, el principal derecho y el que mejor se debe conocer.

**LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 1976: 40 AÑOS DE VIGENCIA**, Andry MATILLA CORREA (coordinador), Editorial UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, 2016.\*

¿Quiénes están involucrados en el libro? Además del Dr. MATILLA, Profesor Titular de Derecho Administrativo y presidente de la Sociedad Científica de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, quien con su acostumbrado ímpetu nos convoca y nos pone a trabajar, en este libro participan 13 profesores de Derecho Constitucional y Teoría General del Estado de las universidades de La Habana, Santiago de Cuba, la Central de Las Villas y de Camagüey.

¿Por qué este libro? Porque estamos en un aniversario cerrado de conmemoración del 40 cumpleaños de la Constitución de 1976; y merece recordar no solo el ampliamente participativo proceso de elaboración que tuvo, sino también valorar su vigencia y eficacia ante los cambios que durante este tiempo se han operado en la sociedad.

¿Para qué este libro? Para homenajear una de las obras cumbres del pueblo cubano, para recabar una mirada atenta a este texto no solo para los doctrinarios, sino para todos y cada uno de los cubanos; para tener a la Constitución como ha de ser, base permanente de los procesos de creación y aplicación del Derecho, fundamento y límite de la toma de decisiones y, también, para valorar los posibles cambios que en ella son necesarios ante el impacto de las transformaciones socioeconómicas que se han venido operando en estos 40 años.

\* Por Dra. Martha PRIETO VALDÉS. Profesora Titular del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

En el primer artículo, en carácter de líneas preliminares, MATILLA CORREA enfatiza en la importancia de la Constitución, calificándola de “escudo jurídico para resguardar la vida de la nación”, por lo cual destaca la necesidad de que se tenga conciencia de lo que ella es, normativa jurídica superior, por lo que debe emplearse como tal y debe garantizarse su eficacia. Tributa al análisis de cómo se concibió, cuáles son sus contenidos y la necesaria adaptación del magno texto a las nuevas condiciones en que vive el país.

Al abordar la elaboración de la Constitución de 1976, ZALDÍVAR ABAD lo cataloga como proceso constituyente, enfatizando las peculiaridades del mismo, en especial la amplísima participación popular directa de aquel hacer, e interesante es su calificación como primigenia plataforma participativa hacia un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El tratamiento del contenido del texto normativo se inicia con el trabajo de FERRARI YAUNNER destinado a los valores, la que con una claridad meridiana significa que no debemos renunciar a los valores conquistados, sino que debemos tenerlos como guía para los nuevos cambios, reformular derechos y garantías que permitan darles vida y hacerlos parte indisoluble del actuar de los cubanos.

Por su parte, DELGADO TRIANA y DEL RÍO HERNÁNDEZ, en su artículo “La democracia socialista en la Constitución de 1976”, señalan que es importante releer los preceptos del magno texto de cara a la nueva realidad y enfatizan en la necesidad de ajustar la letra con el reto de mantener y perfeccionar las conquistas democráticas del pueblo cubano.

En la misma línea, referido al sistema del Poder Popular, PÉREZ HERNÁNDEZ parte de la inexistencia de un patrón temporal universal para calificar de actual o envejecido un texto constitucional, pero considera que 40 años marca un momento de madurez de un proceso, por lo que propone adoptar medidas que propicien una real y eficaz instrumentación de la participación popular directa en la toma de decisiones, con una mirada atenta a lo municipal.

En cuanto al Estado cubano en su perspectiva global, VILLABELLA ARMENGOL parte de la necesidad de reconstruir el concepto de forma de gobierno como categoría que aborda la fisonomía del poder político, como arquitectura horizontal de los órganos supremos del poder, y lo inserta en el comentario de la ordenación constitucional cubana en la materia. Señala en su trabajo antecedentes del modelo concentrador existente e indica diversos aspectos que en la regulación constitucional merecerían una revisión.

También la división político-administrativa es objeto de tratamiento en este libro y viene de la mano de JIMÉNEZ MORALES. La autora destaca que los entes públicos territoriales son diferentes en su amplitud y composición, y deben en su conformación propiciar una interacción entre la Administración local y la población. En la valoración de la regulación constitucional de la institución, señala la incidencia de la reforma de 1992 y las necesidades actuales para lograr una administración local eficaz, sin rigidez de formas.

El sistema electoral es comentado por RICHARDS MARTÍNEZ, quien señala cómo la reforma de 1992 propició una ampliación de la base social del Estado, así como la importancia de acercar aún más los ciudadanos a la conformación de los órganos del Poder Popular, con más participación consciente y responsable en la legitimación de estos.

La esfera de lo económico se introduce a través de los comentarios que realiza PÉREZ MARTÍNEZ a los fundamentos político-jurídicos que signaron la regulación constitucional de la esfera en el texto de 1976. Interesante es el tratamiento de la relación entre propiedad socialista e individual, si unidad o lucha de contrarios, así como la importancia actual del principio de complementariedad y la iniciativa privada para el desarrollo económico del país, sin obviar la necesidad de mecanismos institucionales que impidan la aparición de elementos enajenantes en la sociedad.

Los derechos constitucionales tienen un lugar especial en el tratamiento que efectúa CUTIÉ MUSTELIER, respecto a los que, además de caracterizar la tutela constitucional, la sistemática

y la denominación de fundamentales, valora la incidencia de la reforma de 1992 en los mismos. En cuanto al presente, enfatiza en la necesidad de una pedagogía constitucional democrática que permita, como dice la autora, “hacer vivir y respetar la Constitución”, completar la Constitución e interpretar los derechos conforme a los nuevos tiempos.

De la mano de los derechos, han de venir las garantías, tema que es abordado por PRIETO VALDÉS, empleando el término de garantías constitucionales para referirse no solo a las instituciones, medios, normativas y procederes para el aseguramiento de los derechos consagrados en la Constitución, sino también para la protección de todos los contenidos del magno texto y de la supremacía jerárquica y normativa de la letra fundamental en todo el orden jurídico, político, económico y social. En tal sentido, se identifican limitaciones en la actual regulación de las garantías en esa acepción plural, necesidades de perfeccionamiento y realiza propuestas a partir de la relación derechos-garantías-control, como medio este último para asegurar los anteriores.

Por último, el trabajo de PACHOT ZAMBRANA y PÉREZ CARRILLO referido a la reforma constitucional, contiene reflexiones a propósito de su 40 aniversario, tanto en cuanto al procedimiento establecido, las tres reformas ya efectuadas, así como las transformaciones sociales operadas y las necesidades actuales. Son claros en su decir cuando sostienen que han de precisarse por la propia Asamblea Nacional los contenidos mínimos que caracterizan el sistema económico, político y social cubano por su propia intangibilidad, la prudencia de una ley que determine los límites de la reforma, así como el establecimiento del control previo de constitucionalidad de la ley de modificación del magno texto, como medios necesarios para preservar la supremacía y los contenidos esenciales del mismo.

Este pequeño libro, fruto de resultados de investigación de sus autores, en el que de manera sintética cada uno de los artículos mira desde el presente, el texto aprobado en 1976, es de lectura necesaria para todos.

***DERECHO FAMILIAR CONSTITUCIONAL***, de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL y Germán MOLINA CARRILLO (coordinadores), Grupo Editorial Mariel, Puebla, México, 2016.\*

“Derecho Familiar Constitucional”, y ¿por qué no “Derecho Constitucional Familiar”?, es la interrogante que pudiera presentársele a cualquier lector que toma entre sus manos un ejemplar de este texto que hoy recensamos, ya que en los 23 artículos que se presentan, escritos por 28 autores procedentes de Iberoamérica, Italia y Francia, aunque todos tienen como eje central a la familia, también se enfocan desde la óptica constitucional: la diversidad familiar hoy día requiere de una protección jurídica también plural, desde lo privado y lo público, de una tutela integral que posibilite acoger los cambios que en esta esfera se vienen manifestando en nuestras sociedades.

En el primero de los artículos, VILLABELLA ARMENGOL aborda cuestiones tan generales como la constitucionalización del Derecho desde una perspectiva científica, normativa y jurisprudencial, todo ello en sede familiar. Asimismo, defiende esa diversidad familiar y el necesario desarrollo de su tutela, como muestra de la urgencia en la reformulación de conceptos, instituciones y mecanismos de protección jurídica, no solo en el plano nacional –mirando a Cuba–, sino también internacional.

Por su parte, KEMELMAJER DE CARLUCCI, de Argentina, desarrolla un tema que enmarca en la llamada *constitucionalización del Derecho Privado*. Desde un punto de vista argumentativo, aborda la necesaria tutela del Derecho de Familia en sede constitucional, defendiendo la

\*Por Dra. Martha PRIETO VALDÉS, Profesora Titular de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho, y Lic. Amanda Laura PRIETO VALDÉS, Profesora Instructora de Derecho Constitucional y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

idea de que el Derecho Familiar no emana solo de la ley, sino también, y fundamentalmente, del bloque de constitucionalidad; por lo que la autora nos compele al cambio, a no temerle a este si ello implica la ampliación de los derechos, especialmente en favor de las personas más vulnerables.

Desde España y Chile, los autores LÓPEZ Y LÓPEZ, LEPIN MOLINA y VARGAS CARRASCO, analizan la institución de la familia, su ordenación en la Constitución, el matrimonio hetero- y homosexual, este último tan actual y polémico en nuestra Latinoamérica; así como sus formas de protección, presentes y las necesarias en tanto es ella –la familia–, el elemento natural y fundamental de la sociedad. En palabras de LEPIN y VARGAS, la constitucionalización del Derecho Familiar en Chile se observa en la práctica en los distintos mecanismos procesales utilizados: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, las acciones de protección y amparo, o las acciones ordinarias presentadas en procedimientos de familia, advirtiéndose en este último caso la existencia de una eficacia horizontal.

En otra línea de ideas, desde Uruguay, RIVERO DE ARHANCET se refiere a la familia como realidad social y el necesario enfoque jurídico de la diversidad de cuestiones que en torno a ella se presentan, tales como la sociedad conyugal, los derechos en familias tradicionales y ensambladas, el divorcio, el derecho de habitación o las protecciones especiales para discapacitados. Por su parte, la nicaragüense ABBOUD CASTILLO aborda el paulatino reconocimiento constitucional de la familia, así como la expresión de los derechos constitucionales en el Código de Familia, destacando una serie de elementos que son común denominador del marco normativo familiar nicaragüense y que sirven para tenerlos como pilares en pos de su cabal protección.

La interpretación constitucional como medio para asegurar la correspondencia de la letra suprema con la nueva realidad y el valor interpretativo de los preámbulos constitucionales en España, es la idea principal que recoge el trabajo que

presenta BRAVO DE MANSILLA, quien decide abordar cuestiones relativas al matrimonio y la Constitución en España, haciendo una interpretación evolutiva de ambas instituciones.

El tratamiento de derecho constitucional a la intimidad familiar y las excepciones legítimas, de DÍAZ ALABART, contiene una invitación a la reflexión profunda de un tema actual, y en particular en España, así como el necesario freno a la intervención de los medios de comunicación; e inicia el estudio con la contradicción intimidad familiar y personal, aludiendo que cuando se habla de derecho a la intimidad nos estamos refiriendo al derecho que ostenta toda persona de mantener reservados determinados aspectos de su vida y actuaciones frente a injerencias de cualquier otro sujeto público o privado.

Del mismo modo, en el mundo actual, es fácil identificar una serie de relaciones sociales que suelen generar necesidades y que, por tanto, deben ser reguladas por el Derecho, y he aquí el estudio que presenta el mexicano GARCÍA SÁNCHEZ en torno a la constitucionalidad del matrimonio igualitario y su amparo. Otra de las temáticas de este libro, es la referida a la protección constitucional de la unión de hecho y los nuevos derechos a favor de los concubinos heterosexuales en Perú. Aquí, VEGA MERE presenta el tema reconociendo que han decaído muchos de los viejos paradigmas familiares, los cuales aparecían protegidos en el orden normativo, y cómo estos cambios han brindado nuevos bríos a las familias que se conforman sin recurrir a la institución del matrimonio.

Igualmente, autores como PEREÑA VICENTE nos convocan a reflexionar sobre las contradicciones y tensiones entre la verdad biológica y los valores superiores de igualdad y libertad, o la necesaria armonización entre Constitución y filiación. En palabras del autor, hablar de Constitución es hablar de derechos fundamentales y hablar de Derecho Privado es hablar del principio de autonomía de la voluntad,

por lo que es pertinente el estudio de la interrelación existente entre ambos.

Desde la experiencia argentina se nos presenta el Derecho Constitucional-Convencional de Familia, a cargo de HERRERA, quien realiza un tratamiento de los principales cambios en el tratamiento jurídico civil del matrimonio igualitario, las uniones convivenciales, la familia ensamblada e, incluso, la patria potestad y la responsabilidad parental. Asimismo, BENAVIDES SANTOS, de Costa Rica, hace un interesante estudio comparativo del mandato protector que se encuentra en los textos constitucionales, así como el desarrollo de una serie de garantías de tipo procesal y decide titular su obra "Derecho Constitucional, Derecho Familiar y proceso: instrumentalidad y suficiencia normativa".

De la autoría de CABRILLAC, SESTA y PILIA, tenemos el tratamiento de los derechos fundamentales en el Derecho Francés de Familia y la igualdad de los cónyuges; el derecho a la familia y su transformación con las nuevas instituciones: familia sin matrimonio, unión homosexual y procreación asistida; o la tutela al derecho fundamental de la familia, los dos últimos referidos al ordenamiento italiano. En ellos se recalca la necesidad de pautar determinadas reglas para llevar el Derecho Familiar a un régimen igualitario, tanto iguales derechos familiares como garantías procesales y procedimentales.

Un estudio sobre el Derecho Constitucional de Familia, el sistema sucesorio y los convivientes, nos lo presentan LLOVERAS, SALOMÓN, FARAONI y RÍOS, quienes concluyen que de la vinculación existente entre el Derecho de Familia, el sistema sucesorio y los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, se hace precisa la incorporación, en el ordenamiento jurídico argentino, de determinadas previsiones en orden a la vocación sucesoria del conviviente. Otro de los temas en el orden familiar, escrito por GUZMÁN ÁVALOS, es el relativo a la filiación ante el interés superior del menor, y es que ese principio rector debe

aplicarse en todas las instituciones que se derivan del Derecho de Familia.

De la misma manera, la privacidad de la vida familiar y su tutela por instrumentos nacionales e internacionales es abordada por RAMOS CABANELLAS, para quien es imprescindible comenzar el estudio con una diferenciación entre intimidad y vida privada, concluyendo con la enunciación de la familia como sujeto del derecho a la privacidad. Mientras tanto, VALDÉS DÍAZ, desde Cuba, que concluye su trabajo con la idea de que el Derecho no es un producto estático e inmóvil, está consciente de que el ordenamiento jurídico también contiene normas que nunca serán suficientemente flexibles para adaptarse a la inmensa y fluida variedad de los hechos, por lo cual enfatiza que con independencia del criterio que se tenga respecto a la maternidad subrogada, una vez nacido un niño mediante su práctica no deben negársele en ningún caso sus derechos.

Contrario a la interrogante planteada al inicio de esta recensión, ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, de Cuba, en su artículo “Retos del Derecho de Familia. Autonomía y unidad”, juega con el orden de las dos últimas palabras, sosteniendo que no importa el orden de estas en tanto ellas, en interacción, son premisas para enfrentar los desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI.

Casi al finalizar, los “Retos regulatorios en el siglo XXI del Derecho Familiar”, es lo que nos exponen FLORES SALGADO y BAUTISTA YLLANES, en cuyo artículo destacan la importancia de la familia para la sociedad, así como de su ordenación jurídica y protección en la pluralidad de formas en que esta se presenta en el siglo XXI, aun ante los choques culturales que algunas de sus manifestaciones pueda provocar en la sociedad mexicana de hoy, por lo que convocan al análisis, investigación y regulación consciente a fin de brindar certidumbre jurídica a la nueva realidad.

Por último, y no por ello menos importante, PÉREZ GALLARDO nos ilustra, desde una óptica comparatista, acerca de las

nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional iberoamericana; un estudio profundo que nos hace pensar en la necesidad de perfeccionamiento del orden jurídico cubano en la materia.

Respecto a la obra en su conjunto, es menester reiterar que se agradece a los coordinadores la introducción en la doctrina cubana del tema de la constitucionalización del orden jurídico familiar, y nos atrevemos a instar a otros doctrinarios del Derecho a seguir por este fenomenal camino como vía para asegurar tanto la supremacía de normas, principios y valores constitucionales, como los derechos humanos esenciales en cada sociedad.

# Comentarios de sentencias

## Los “actos reflejos” y la función negativa del concepto jurídico-penal de acción

(Comentario a la Sentencia No. 1269 de 13 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo de Cuba. Ponente: Jueza María Caridad BERTOT YERO)

Recibido el 12 de octubre de 2015  
Aprobado el 4 de febrero de 2016

**Lic. Harold BERTOT TRIANA**

*Abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (2013-2015)*

**Dr. Nivaldo HERNÁNDEZ MESA**

*Profesor de Mérito. Presidente de la Sociedad Cubana de Neurociencia*

### 1. Introducción

La Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, en la causa número ciento cincuenta y nueve del año dos mil trece, dio por probado el siguiente hecho:

“Que el acusado LPR en fecha 28 de enero de 2012 en el horario de las 10:00 antemeridiano se encontró con el ciudadano EGM en el área festiva conocida como Las Cuarenta, situada en el reparto que lleva el mismo nombre, en este municipio y provincia de Las Tunas; comenzaron a ingerir bebidas alcohólicas, consistente en cerveza de termo y ron casero, permaneciendo en dicho lugar hasta las 7:00 pasado meridiano, horario en el que, juntos y a pie, se marcharon para la unidad gastronómica La Arboleda, situada en las proximidades de la terminal de ferrocarril, entre las calles Lico Cruz y Lucas Ortiz, municipio Las Tunas, sitio en el que no ingirieron alimentos y continuaron tomando cerveza, esta vez de botella y de un pomo que contenía ron casero, lo que hacían sentados a una mesa de las que existen en la citada instalación y allí estuvieron hasta las 9:00 de la noche, horario

en el que salieron en dirección al cruceo ubicado entre las calles Prolongación de Martí y Carlos Sosa Ballester, de la citada demarcación, lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea y en el que se detuvieron, pues en ese instante pasaba un tren de carga, muy extenso, compuesto por dos máquinas locomotoras y 32 vagones; el acusado y EGM quedaron parados uno al lado del otro, el acusado en el lado derecho y EGM en el izquierdo, en un instante el acusado perdió el equilibrio, yéndose hacia delante y para evitar ser alcanzado por el tren, se agarró del hombro derecho de EGM, con lo que él ganó en equilibrio pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, lo que tuvo que imaginarse que sucedería, pues al igual que él, su acompañante había ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día, con lo que consiguió arrojarlo sobre el tren, provocando el impacto del cuerpo de la víctima con las planchas componentes del mismo, producto del roce EGM cayó fuera de la vía férrea y muy cerca del lugar en el que estaba parado. El acusado consciente de lo que había provocado salió huyendo del lugar al observar que se aproximaban algunas personas, pero luego regresó y, al escuchar decir que llevarían la víctima hacia el hospital, insistió en que este estaba borracho y que él lo llevaría para la casa; no obstante, como uno de los que acudió al lugar fue el oficial de patrulla OGS, este detuvo un vehículo en el que subió a la víctima y al acusado a los que su conductor trasladó hacia el hospital Ernesto Guevara de la Serna, centro asistencial en el que la atropellada víctima recibió todos los requerimientos médicos necesarios, pues sufrió excoriaciones y hematomas en el hombro derecho, en el dorso del antebrazo derecho, en el lateral del hemiabdomen derecho, al dorso de ambas piernas y dorso del pie derecho, así como en la región dorsal de la columna vertebral, en la región escapular izquierda y en la región lateral del muslo izquierdo, sufriendo hemiperitoneo de 1 800 mililitros y fractura de la pelvis en ambas ramas, con abundante sangramiento interno, un hematoma retroperitoneal de 20 centímetros de diámetro que le interesó el riñón izquierdo, todo cuanto le produjo una anemia aguda y a consecuencia de ello falleció en las primeras horas de la madrugada de fecha 29 de enero de 2012. Al momento de su deceso, el ciudadano EGM no tenía personas dependientes

económicamente de él y sus familiares representados por la ciudadana LGM incurrieron en gastos de funerales ascendentes a novecientos noventa y cinco pesos (995.00).

”Durante el proceso investigativo el acusado fue sometido a peritaje psiquiátrico en virtud del cual quedó demostrado que este padece de un retraso mental leve, pero en el momento de cometer los hechos, se encontraba en un estado de no enajenación mental y en correspondencia con ello poseía capacidad para comprender el alcance de su acción y dirigir su conducta.

”Acusado LPR, tiene 35 años de edad, caracterizado por ingerir bebidas alcohólicas frecuentemente, al extremo de colocarse en estado de embriaguez y bajo los efectos del alcohol se vuelve agresivo, le consta antecedentes penales por haber sido ejecutoriamente sancionado en la causa 678 de 1995 del Tribunal Provincial Popular de Pinar del Río, por el delito de robo con fuerza en las cosas a un año de privación de libertad; en la causa 732 de 1999 del Tribunal Municipal Popular de Las Tunas, por un delito de daños a multa de doscientas cincuenta cuotas de dos pesos cada una; en la causa 418 de 2002 del Tribunal Provincial Popular de Las Tunas, por un delito de tráfico de drogas a cuatro años de privación de libertad, y en la causa 372 de 2004 del Tribunal Municipal Popular Las Tunas, por un delito de denuncia o acusación falsa a multa de cuatrocientas cuotas de un peso cada una”.

El Tribunal Provincial Popular calificó los hechos referidos como constitutivos del delito de homicidio por imprudencia, previsto y sancionado en el artículo 261 en relación con el 9, apartado 3, del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal e impuso al acusado LPR la sanción de siete años de privación de libertad, con las accesorias del caso.

Por su parte, el Tribunal Supremo dictó sentencia absolutoria, argumentando: *“Que si el acusado, junto al amigo que resultó fallecido, habían ingerido bebidas alcohólicas desde horas de la mañana y ya en la noche salieron ambos en dirección a un sitio conocido por El Crucero, en el recorrido encontraron un*

*paso a nivel del ferrocarril, donde se detuvieron a esperar que pasara un tren de carga, muy extenso, instante en que el acusado perdió el equilibrio y se fue hacia adelante y para recuperarlo se agarró del hombro de su acompañante, lo que provocó que este perdiera el suyo e impactara con su cuerpo las planchas componentes de uno de los vagones que lo proyectaron hacia atrás, ocasionándole lesiones que provocaron la muerte, es de concluir, que el movimiento corporal ejecutado por el inculpado para protegerse ante la caída inminente, **no califica como una acción, en el sentido jurídico-penal que exige el artículo 8, del Código Penal, porque responde a un movimiento reflejo, no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano;** configurándose en el presente caso un típico supuesto de ausencia de acción, de ahí que debe acogerse el motivo de infracción de ley del recurso, establecido a tenor del ordinal primero, del artículo sesenta y nueve, de la Ley de Procedimiento Penal, aunque por argumento distinto al alegado por el recurrente”.*

## **2. Los problemas teóricos de la referida sentencia**

Los hechos transcritos de la referida sentencia nos ubican en el complejo tema de la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción. La argumentación de la Sala hace alusión, en rigor, a la llamada *función negativa de la acción*, cuando concluye en la presencia de un “movimiento reflejo, no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano”. La mayoría de los autores coinciden en significar que esta *función negativa de la acción* tiene lugar generalmente en tres supuestos: *fuerza irresistible*, que hace referencia a una condición de fuerza proveniente del exterior y que actúa materialmente sobre el agente (a quien atan fuertemente a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, no puede siquiera manifestar su voluntad); *movimientos reflejos*, que hace referencia a movimientos que se producen por estímulo del mundo exterior percibido por los centros sensores que lo transmiten directamente a los centros motores, sin

intervención de la voluntad; y los *estados de inconciencia*, como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etcétera.<sup>1</sup>

Se ha sostenido, acertadamente, que si bien estos supuestos a nivel de los principios no ofrecen dificultades, se complica considerablemente al producirse su aplicación a la pluralidad de situaciones reales.<sup>2</sup> Ello porque en la realidad se suscitan movimientos de muy diversa naturaleza que se discute si son “actos reflejos” o que, sin serlos, pueden equipararse en sus consecuencias jurídico-penales al “acto reflejo”, a los efectos de excluir la responsabilidad penal. Entre estos se encuentran “actos involuntarios” que algunos autores, a partir de aceptar determinada teoría psicológica, denominan “situaciones intermedias”, como pueden ser los llamados “actos en cortocircuito” (en los que la voluntad participa, así sea fugazmente),<sup>3</sup> “movimientos instintivos”, “reacciones primitivas”, “reacciones espontáneas”, etcétera.<sup>4</sup> Esta discusión

<sup>1</sup>Vid. a modo de ejemplo, MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, 8va edición, revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, pp. 219-222.

<sup>2</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas) (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, Fasc. III, septiembre-diciembre, 1986, pp. 906-907. Vid. del mismo autor un artículo posterior sobre este mismo tema, “Sobre los movimientos 'impulsivos' y el concepto jurídico-penal de acción”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLIV, Fasc. I, enero-abril, 1991, pp. 1-24.

<sup>3</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, *op. cit.*, p. 221.

<sup>4</sup>En tal sentido se hace muy difícil, y poco práctico, establecer exactamente en los códigos penales aquellas conductas que no son producto de la voluntad. En 1952, el American Law Institute de Estados Unidos, conformado por jueces, abogados y académicos, comenzó la redacción de un modelo de Código Penal como base para las legislaciones estatales, donde si bien no define el término voluntad, se limita a exponer cuatro ejemplos de actos que se consideran voluntarios, a saber: un reflejo o convulsión; un movimiento del cuerpo en inconciencia o durante el sueño; conductas durante hipnosis; o un movimiento corporal que no es el resultado del esfuerzo o determinación del actor. Los comentaristas se

alcanza nuevos matices para cada juzgador a partir de la concepción de acción que asuma teóricamente entre aquellas que se han discutido en la teoría penal por varios años. Y como tradicionalmente los conceptos de “voluntad” y “conciencia” del sujeto han supuesto el tronco del problema sobre el cual giran cada una de ellas, se complejiza aún más cuando estas deben definirse y explicarse en el campo propiamente dicho de la psicología, la neurología y la psiquiatría.

La determinación del artículo 8.1 de nuestro Código Penal establece que: “*Se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa, prohibida por la ley bajo la conminación de una sanción penal*”. Sin entrar en otras consideraciones en este momento sobre esta definición, en nuestro criterio se sientan las pautas para entender el fenómeno delictivo a partir de estructuras categoriales que diferencian a la acción de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y, por tanto, la posibilidad de la exclusión de la responsabilidad penal si esta no se configura. El propósito del presente trabajo es analizar la sentencia de referencia bajo la óptica de la intersección de un tema de la neurociencia, el de los actos motores inconscientes, con la función negativa del concepto jurídico-penal de acción. En la discusión se interrelacionarán los elementos del Derecho Penal –sobre todo en los criterios sustentadores de la acción como categoría autónoma– con los de la neurología, psicología y psiquiatría, enfatizando cuatro

---

limitaron a expresar que se trataba de una “conducta que escapaba del control del actor”. Sin embargo, fueron vagos en brindar una mejor interpretación para el requisito del acto voluntario. Publicado en 1962, se actualizó en 1970, sin que se haya sometido a ulteriores revisiones, lo que ha creado grandes confusiones en las cortes norteamericanas por su atraso con respecto al desarrollo de la ciencia en este sentido, además de que el requerimiento de acto voluntario se aplica tanto para los estados mentales como para cualquier acto. *Vid.* DENNO, Deborah W., “A mind to blame: new views on Involuntary Acts”, en *Behavioral Sciences and the Law*, No. 21, 2003, pp. 601-618. Para ver un acercamiento a los problemas que suscita el acto involuntario en el sistema judicial norteamericano, consultar también a MCSHERRY, Bernadette, “Voluntariness, Intention, and the Defence of Mental Disorder. Toward a Rational Approach”, en *Behavioral Sciences and the Law*, No. 21, 2003, pp. 581-599.

hipótesis potentes de la neurociencia, transdisciplina que posibilita por primera vez en la historia de la ciencia el análisis del cerebro en tiempo real durante la actividad humana.

### **2.1. Sobre la autonomía de la categoría acción. La conciencia y la voluntad como determinantes de su contenido**

Varios autores coinciden en que la capacidad de existir de la categoría acción depende de si logra cumplir con las funciones encargadas a las categorías en Derecho Penal. Estas son: una *función clasificatoria*, como elemento común que puede caracterizar a todas las formas de manifestarse el delito; una *función de enlace o unión*, cuyo contenido material atraviesa con entidad propia las distintas valoraciones que se suceden en el campo del resto de las concretas categorías del delito como concreciones o adiciones; y una *función negativa o de delimitación*, que excluye de las consecuencias jurídico-penales a todas aquellas manifestaciones de la vida que no comportan estas consecuencias, como pueden ser los daños causados por animales o los actos humanos realizados por procesos psíquicos que escapan del control, como las convulsiones o los ataques epilépticos, entre otros.<sup>5</sup>

En el marco de las concepciones causalista-naturalista, finalista, social, negativa y personal, la búsqueda de una concepción de la acción que cumpla con estas tres funciones ha sido intensa, llena de contradicciones y de debates por los autores, al igual que la búsqueda de un concepto general de acción, que englobe tanto los hechos comisivos como omitivos,

Existe cierto consenso en apuntar el fracaso de la teoría causal de la acción, dentro del llamado sistema clásico, para servir de elemento base común a todas las manifestaciones

<sup>5</sup>La mayoría de los textos dedicados a la teoría del Derecho Penal destacan estas tres funciones. Ver a modo de ejemplo a ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General* (traducción y notas de Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, y Javier DE VICENTE REMESAL), tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 233-235.

del delito. El modo que encuentra este sistema para construir una categoría autónoma fue demarcar un ámbito propio, libre de las valoraciones que se indicaba pertenecían al campo del resto de las categorías. Su conceptualización fue tendente a que se entendiera o se viera este momento (el de la acción) como una simple relación causa-efecto, sin necesidad de llevar a este escalón valorativo del delito alguna que haga referencia a su ilicitud (lo que se hace en la antijuricidad) o sobre el aspecto subjetivo (valorado en la culpabilidad). No se reparó en definir a la acción como conducta voluntaria dirigida a la modificación del mundo exterior, que se agotaba en una contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores. La dificultad sobrevino cuando se intentó explicar, entonces, cómo definir a la omisión, donde precisamente no había “contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores”, y fue cuando no pudo construirse si no haciendo referencia a la antijuricidad, pese a que Ernst BELING pretendió conceptualizarla en el marco de un proceso causal como “distensión muscular”.<sup>6</sup>

Por su parte, en la dirección neokantiana Edmund MEZGER asume entender un denominador común en la acción y en la omisión. Se trataba de entender a ambas como conductas humanas que diferían en cómo se valoraban cada una de ellas respecto a la exigencia de la norma penal, es decir, como motivadoras a no hacer o a hacer: el que hace quiere “algo”, y el que omite no quiere “algo”. La acción abarcaba toda conducta humana concreta, signada por el fundamento de la voluntad de la acción, como fenómeno psíquico, como acto subjetivo de voluntad. “Toda acción es una conducta *enderezada por la voluntad* y, por ello, necesariamente, es una conducta *dirigida a un fin, a una meta*. El que actúa debe siempre querer 'algo', y el que omite, no querer 'algo'. De tal manera, toda acción lleva consigo, de acuerdo con su naturaleza 'ontológica' (esencial), un carácter '*final*'. Está

<sup>6</sup>ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho Penal, Parte General*, 2da edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 402.

siempre dirigida a una 'meta' determinada; y por el *movimiento corporal externo*, caracterizado como un 'suceso' objetivo producido mediante el acto de voluntad".<sup>7</sup>

MEZGER sostiene el fundamento de la voluntad de la acción como conducta dirigida a un fin, pero aclara que este contenido de la voluntad no es objeto de valoración en la acción, sino en la culpabilidad. Los motivos se aducen en dos aspectos: para lograr el carácter "neutral" de la categoría y que pueda servir de base de todas las investigaciones jurídico-penales y no permitir un recargamiento de la teoría de la acción de difícil comprensión.<sup>8</sup> Destacaba a la acción como un concepto ontológico, el ser jurídico, mientras que la apreciación normativa de sus distintos elementos tenía lugar en el resto de las categorías, como la antijuricidad, la culpabilidad.

Las críticas desde entonces se dirigieron a destacar la necesidad de un concepto autónomo y superior. En esta dirección, Gustav RADBRUCH entendió que el concepto natural de acción no lograba brindar un "supraconcepto común" y que el concepto superior del sistema jurídico-penal se encontraba en la *tipicidad*.<sup>9</sup> Sin embargo, desde esta *concepción natural de la acción* se fueron delineando los elementos característicos de la acción, cuando el *actuar consciente y voluntario del individuo* se constituyó en elemento decisivo en toda construcción teórica de la acción desde entonces.

<sup>7</sup>MEZGER, Edmund, *Derecho Penal, Libro de Estudio, Parte General*, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 88. Como expresó ROXIN, al menos el "concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimitación, excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras 'excitaciones sensoriales'." ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 237.

<sup>8</sup>MEZGER, Edmund, *op. cit.*, p. 89.

<sup>9</sup>MEZGER, Edmund, *op. cit.*, p. 87. Vid. LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, "En el centenario de la publicación de *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung fur das Strafrechtssystem* de Gustav Radbruch. ¿Fractura de la teoría jurídica del delito?", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LI, 1998, pp. 177-217.

En este sentido, la teoría de la acción final, creada por Hans WELZEN, defendió entender que ese “movimiento corporal” o “distensión muscular” había que comprenderlo en el marco de un movimiento voluntario dirigido hacia una finalidad, que tiene su base en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso casual y, por consiguiente, de dirigirlo a la consecución de un fin. “La 'finalidad' o actividad finalista de la acción –sostiene WELZEN– se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos”.<sup>10</sup> Argumentaba WELZEN, en consecuencia, que “el defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario *cualquiera* ('acto voluntario'). Desconoce que toda acción es una *obra* (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana configura, es decir, dirige el suceder causal”.<sup>11</sup>

Las críticas vertidas sobre la concepción finalista de WELZEN advirtieron como una de sus principales debilidades no servir de elemento común para la comisión, la omisión y la culpa.<sup>12</sup> ROXIN se hizo eco de los propios finalistas como Armin KAUFMANN y HIRSCH sobre la falta de adecuación de la teoría de WELZEN a los delitos de omisión, “pues, como el omitente

<sup>10</sup>WELZEN, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, traducción de Carlos FONTÁN BALESTRA, Roque de Palma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 39.

<sup>11</sup>WELZEN, Hans, *op. cit.*, p. 51. En realidad, el verdadero cambio de perspectiva respecto a la concepción positivista del delito, que escindió radicalmente lo objetivo (acción, tipicidad, antijuricidad) y lo subjetivo (culpabilidad), lo constituyó la valoración del aspecto subjetivo, confinado hasta entonces en la culpabilidad, en el ámbito de lo que hasta entonces se entendía como lo objetivo en la concepción del delito, que se limitaba a significar únicamente los elementos objetivos o externos del delito.

<sup>12</sup>Ver a ZAFFARRONI, Eugenio, *op. cit.*, pp. 406-407.

no es causal respecto del resultado y, por tanto, no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final”.<sup>13</sup> En este punto consideramos con ROXIN que si la voluntad consciente del fin, se constituía en la “esquina dorsal” de la acción y “rectora del acontecer casual”,<sup>14</sup> en verdad se creaban serios problemas para englobar un comportamiento de omisión, sobre todo en la culpa.

En el desarrollo de la teoría de la acción se suelen igualmente advertir la teoría social y negativa de la acción, la primera con un enfoque que la define como una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales (MAIHOFFER) o toda conducta socialmente relevante (JESCHEK), a las cuales se les objeta que no cumplen un rol adecuado como función delimitadora y de enlace.<sup>15</sup>

<sup>13</sup>ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 240. Sin embargo, hay criterios en WELZEN que no son nada desdeñables, como cuando defiende que la voluntad “forma el futuro, no solamente en los rasgos que modifica positivamente, sino también en aquellos que deja libres. Porque la voluntad no es solamente un factor causal, sino un factor finalista, vale decir, formador consciente del objeto, su dominio del hecho comprende también lo que deja acontecer. También ésta es su obra, en cuanto el respectivo campo de realidad estaba confiado en la vida social a su formación finalista, si él fue garante para la formación del porvenir en el respectivo sector de realidad (...) la omisión no puede ‘causar’ nada en el sentido naturalista, pero la voluntad como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada de realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él”. WELZEN, Hans, *op. cit.*, pp. 211-212. Tomados en su sentido literal, cobran estas reflexiones cierta validez en los llamados “delitos impropios de omisión” o “comisión por omisión” (por ejemplo, el médico que con la finalidad de que muera un paciente no lo interviene quirúrgicamente), si bien no resultan idóneos para explicar la omisión en los delitos por imprudencia, donde precisamente no hay finalidad alguna de causar el resultado con el actuar omisivo, y que en modo alguno puede explicarse en los términos aludidos anteriormente por WELZEN. Se argumenta, por tal razón, que la teoría finalista fracasó en brindar un concepto que sirviera de elemento base común.

<sup>14</sup>WELZEN, Hans, *op. cit.*, p. 42.

<sup>15</sup>ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 244-245.

Por su parte, la “concepción personal de la acción” de Claus ROXIN sufre de una exposición incoherente o al menos no comprensible del todo, que vacían en cierta medida el contenido valorativo que otorga a su concepto de acción, cuando entiende a la acción como “manifestaciones de la personalidad” dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia<sup>16</sup> (en eso estamos de acuerdo), y sostiene en otro momento –como veremos más adelante–, que puede haber actos no conscientes, que no excluyen la acción, porque se presentan como un “movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo”.<sup>17</sup>

Una primera idea que se debe sostener, en el marco de todas estas tendencias, radica en entender el Derecho Penal como una construcción teórica sobre las conductas de los seres humanos, y que ninguna formulación teórica sobre hechos delictivos puede prescindir de entender el comportamiento humano como el elemento común o la base que sostiene todo el sistema jurídico-penal, en complejas interrelaciones con las finalidades políticas en momentos determinados del desarrollo social.

Partiendo de estos presupuestos, a nuestro criterio la **función de elemento común o base** en la estructura del delito tiene en consideración que cuando hablamos de “acción” en sentido jurídico-penal, nos referimos a una conducta humana, a un sujeto que consciente- y voluntariamente actúa en un medio social determinado. Y en tal sentido no encontramos inconvenientes en asimilar ambos conceptos como formas de manifestarse la conducta humana. Se hace preciso tomar como base esta realidad para elevarlos a una concepción general de la acción que sirva de punto de partida para el resto de las valoraciones que exige la existencia de un delito, y según las propias exigencias de la norma penal para cada caso, en tanto permita la concurrencia o no de un comportamiento

<sup>16</sup>ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 252.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 262.

omisivo (como puede ser el homicidio imprudente por algún comportamiento omisivo), o cuando la conducta que se sanciona comprende la no realización de una acción exigida por la ley (delito de simple omisión). En ambas (acción u omisión) se trata de conductas humanas que difieren únicamente en el modo en que el sujeto se posiciona respecto a su realidad objetiva y donde la significación jurídico-penal constata una transformación de la realidad objetiva con conciencia y voluntad del sujeto que actúa u omite.

QUIRÓS sostiene que en la definición del artículo 8.1 del Código Penal cubano no se instituyen las características integrantes del delito, sino la definición de lo delictivo, o sea, qué es delito y no qué acciones concretas representan un delito determinado. Por tanto, no se alude a la acción y a la omisión ya delictuosa (típica), sino “a la acción u omisión del hombre que, desde este plano (prejurídico), se lleva al terreno del Derecho Penal por reunir la cualidad esencial enunciada en el artículo señalado”.<sup>18</sup> Resulta cierto lo anterior, pues es lógico que no se hace mención aquí a una acción concreta de un delito, por ejemplo, de homicidio. Sin embargo, creemos prudente precisar que es una definición que desde el punto de vista conceptual entiende a la acción y a la omisión como una característica integrante del delito en su aspecto genérico, es decir, como un elemento imprescindible junto a la antijuricidad y a la culpabilidad que también están presentes en esta definición. Con estas previsiones se debe dotar de un contenido valorativo a esa acción u omisión en el marco de las exigencias del Derecho Penal. Tal relevancia comienza desde el instante en que en el artículo 8.1 se valore o conciba la acción u omisión como actos conscientes y voluntarios.

En relación con su **función de enlace o unión**, se relaciona puntualmente con una conclusión: si obviáramos entender a la acción como categoría autónoma de la estructura de delito, no

<sup>18</sup>QUIRÓS, Renén, *Manual de Derecho Penal*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 94-95.

pudiéramos entender entonces qué es aquello que se define como típico, antijurídico o culpable. El fenómeno delictivo se presenta en principio como una conducta humana que transita por los escalones valorativos del resto de las categorías del delito, hasta concluir que se trata de una acción típica, antijurídica y culpable.

Por su parte, el concepto de acción como conducta humana dotada de conciencia y voluntad, tiene su cometido en su **función de delimitación**, para distinguir entre acción y falta de acción o no-acción. En principio, para excluir de pena a aquellas consecuencias generadas por animales, o de aquellos pensamientos o actitudes internas que se quedan en el plano de ideación, del ámbito interno del sujeto, o en caso de que haya una manifiesta falta de conciencia y voluntad del sujeto, como pueden ser los llamados por la doctrina penal, movimientos impulsivos, actos reflejos, automatismos, actos en cortocircuito, etcétera.

Para evitar algún tipo de confusión debe diferenciarse la exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de acción, de los estados de inimputabilidad como elemento de la categoría culpabilidad. La distinción más importante, a nuestro entender, radica en la cualidad del sujeto que interviene: en la inimputabilidad el sujeto comete el hecho delictivo sin que exista una supresión completa de la conciencia y la voluntad del sujeto, sino que no hay facultades psíquicas suficientes para ser motivado racionalmente. En la ausencia de acción es un sujeto que comete un hecho delictivo por movimientos corporales con ausencia completa de conciencia y voluntad. Esta diferencia resulta problemática por el alto grado en la coincidencia entre los criterios médicos y legales para delimitar con precisión cuándo hay supresión total o no de conciencia y voluntad.

Si suscribimos la opinión de que se excluye la culpabilidad, y no la acción, cuando hay ausencia total de conciencia y voluntad, asumimos que la categoría de acción pierde todo su alcance y contenido valorativo como una unidad física y espiritual del sujeto dentro del análisis teórico del delito. Desde su Programa del Curso de Derecho Criminal, Francisco CARRARA sostenía que “cuando la conciencia falta, como en el sueño,

sonambulismo, sugestión hipnótica, fiebre y embriaguez, entonces puede decirse que nos encontramos frente a una causa de inimputabilidad”.<sup>19</sup> El propio Código de Defensa Social cubano vigente desde 1938 hasta 1979 consideraba inimputable, en su artículo 35.B), a la embriaguez plena, concebida como “un trastorno mental de tal naturaleza que haya privado por completo de razón al agente”. En Cuba, no menos de un autor, como Renén QUIRÓS PÍREZ, ha sido presa de esta confusión –que es extensivo en la práctica judicial cubana–<sup>20</sup> cuando, por ejemplo, después de afirmar correctamente que la “acción y la omisión se caracterizan por la unidad de lo objetivo y lo subjetivo”<sup>21</sup> y “concebibles sólo en el sentido de actos volitivos”,<sup>22</sup> sostiene luego como causas de inimputabilidad o de ausencia de culpabilidad, y no de acción, a lo que entiende como “perturbaciones de las facultades mentales de índole pasajera, de corta duración y de tal intensidad que anula las facultades cognoscitivas y volitivas del individuo” en el trastorno mental transitorio.<sup>23</sup>

Por tal motivo, en algún momento Danilo RIVERO GARCÍA subrayó que son incorrectas ciertas declaraciones jurisprudenciales en el sentido de exigir para la inimputabilidad una “ausencia total de las facultades cognitivas y volitivas”, un “estado de inconciencia absoluta”, o una “pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad”, o una “privación total de facultades intelectivas o volitivas”, y, por su parte, se hace eco de lo correcto de las expresiones que exigen “plena perturbación de las facultades intelectivas para conocer la antijuricidad o de la voluntad para orientar la actividad conforme a dicho conocimiento”, o de la “capacidad de

<sup>19</sup> CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, vol. I, traducido de la 10ma edición italiana, adicionada con el Derecho Penal moderno y español por Luis JIMÉNEZ DE AZÚA, Madrid, 1922, p. 643.

<sup>20</sup> QUIRÓS, Renén, *op. cit.*, tomo III, p. 179. El propio QUIRÓS expone argumentos de sentencias que apoyan su opinión.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>23</sup> QUIRÓS, Renén, *op. cit.*, tomo III, p. 179.

conocer el alcance antijurídico o auto determinarse en el sentido de la norma”.<sup>24</sup> En este terreno gana fuerza la sentencia del profesor Claus ROXIN cuando expuso que “sólo es preciso examinar la inimputabilidad cuando no se puede negar ya la existencia de una 'acción' en sentido jurídico. De ahí surge el problema de la delimitación entre la incapacidad de acción y la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad (...) [que] depende también de qué concepto de acción se adopte”.<sup>25</sup>

### **3. Cuestiones polémicas en torno al acto reflejo y a otros actos involuntarios en la determinación de la ausencia de acción. La solución del Tribunal Supremo de Cuba en el caso objeto de análisis**

Los conceptos de conciencia y de voluntad discuten muchas veces sus contenidos en los campos de la neurología, la psicología y la filosofía, sobre todo cuando nos adentramos en intentar determinar y relacionar qué es la conciencia, la psiquis humana, la voluntad, entre otras. Las concepciones sobre cada una de ellas, en terreno del Derecho Penal, encuentran que las delimitaciones entre acción y no-acción mediante criterios normativos, han aumentado indudablemente estas confusiones. Como adelantamos, se suelen adoptar criterios expuestos por varias teorías en el campo de la psicología para hacer un fuerte rechazo a equipararlo que denominan un “acto instintivo” o un “movimiento defensivo brusco” a un “acto reflejo” –como han argumentado algunas sentencias alemanas y españolas–, y se alude a determinadas “zonas intermedias” para significar aquellos actos que no se caracterizan por los que denomina “actos reflejos en sentido estricto”, y que, por tanto, constituyen

<sup>24</sup>RIVERO GARCÍA, Danilo, “La capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Su ausencia en el momento de la comisión del hecho delictivo”, en *Boletín ONBC*, No. 9, Ediciones ONBC, La Habana, mayo-agosto 2002, p. 9.

<sup>25</sup>ROXIN, Claus, *op. cit.*, pp. 837-838.

acción en sentido jurídico-penal,<sup>26</sup> porque en ellos hay, aunque en menor medida, algo de voluntad y conciencia.

En el marco de estas tendencias, y retomando una idea expuesta por SCHEWE, el referido autor español SILVA SÁNCHEZ alude a que “acción” y “no-acción” no son conceptos alternativos que puedan diferenciarse uno y otro, sino conceptos tipológicos, sin fronteras claras, unidos entre sí por una línea continua, entre los que se presentan determinados procesos que deben identificarse con “más o menos carácter de acción”, porque se ubican entre los “tipos ideales de acción” y “no-acción”. En los marcos de esta “zona intermedia” asume exponer dos posiciones para delimitar uno y otro: “La primera, seguida, según parece, en la psicología y psiquiatría forenses, consiste en partir del supuesto ideal de acción y negar la existencia de una acción allí donde comienzan a darse divergencias de cierta relevancia con aquel modelo ideal. Tal planteamiento conduce a un concepto relativamente estrecho de acción y amplio de no-acción. La segunda perspectiva, más comúnmente seguida por los penalistas, opera de modo contrario. Así, pues, consiste en partir del supuesto típico de no-acción (p.ej., el movimiento reflejo 'puro'), y conduce a la afirmación de la concurrencia de acción desde el momento en que se advierte la presencia de factores que muestran una superación de aquel esquema elemental. Tal punto de vista conduce a construir un concepto amplio de acción y limitado en lo que se refiere a la no-acción. Expresando el balance de lo anterior en otros términos, resultaría que los penalistas se conforman con menos 'propiedades de acción' para afirmar la existencia de una acción y los psicólogos y psiquiatras exigen más 'propiedades de acción' para estimar su concurrencia”.<sup>27</sup>

<sup>26</sup>SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La función negativa del concepto de...,” en *op. cit.*, p. 908.

<sup>27</sup>*Ibidem*, p. 920.

Estas tesis, con apoyo del esquema de la *teoría de la estructura estratificada de la personalidad*,<sup>28</sup> hacen que SILVA SÁNCHEZ no considere que haya un acto reflejo y, por su parte, se esté en presencia de un “acto en cortocircuito” –dentro de la llamada “zona intermedia”–, en el hecho de que mientras una persona permanecía de espaldas y con las piernas un poco separadas, alguien le agarra con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolorido esta persona gira bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que la otra persona cayó golpeándose fuertemente la cabeza contra el suelo de cemento.<sup>29</sup> En tal sentido considera que se da un proceso con carácter de acción en sentido jurídico-penal, donde si bien se excluye la responsabilidad penal, discrepa en cuanto al nivel concreto de la antijuricidad que se excluye, pues aduce en este caso que se está en presencia de una falta del tipo objetivo y subjetivo del homicidio consumado.

Claus ROXIN también discute la zona límite entre los movimientos reflejos, los automatismos, los hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez “sin sentido”. A este respecto considera que únicamente no constituyen acción los movimientos reflejos cuando “la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica”, sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento, como puede suceder en el involuntario cerrar de ojos por chocar un objeto contra ellos, en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las comprobaciones médicas de los reflejos. En el caso donde un automovilista tomó una curva y de repente entró desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo y hace un “movimiento defensivo brusco” con la mano, debido a lo cual pierde el control del vehículo, provocando un choque, ROXIN aduce que pese a no ser percible una voluntad consciente, no se puede excluir la acción, porque se está en presencia de un movimiento defensivo transmitido

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 914.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 911.

psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una “manifestación de la personalidad”.<sup>30</sup>

Cada una de estas posiciones, que muchas veces se plantean sobre la base de objetar la ambigüedad de los propios conceptos de “voluntad” y “conciencia”, hace depender la delimitación de acción y no-acción en criterios que se alejan potencialmente de lo que la neurología ha comprobado son actos voluntarios y conscientes de aquellos actos que no lo son, capaz de brindar mejores herramientas conceptuales a los juzgadores. Cuatro hipótesis de la neurociencia, muy sólidas, y con suficiente apoyo experimental, pueden explicar un acto motor que ha sido mediado por la voluntad (acto consciente) y distinguirlo de otros actos motores llamados involuntarios que se realizan automáticamente sin la participación consciente de su realizador. Estas cuatro hipótesis son: los reflejos, los tres cerebros, la especialización hemisférica y la conciencia.

Los *reflejos* se constituyen en el modo automático de actuación ante estímulos y su desarrollo es inconsciente. Esta hipótesis se ha conformado con aportes diversos desde DESCARTES en el siglo XVII y ya en el siglo xx los premios Nobel de Iván Petróvich PÁVLOV (1903), Sir Charles SHERRINGTON (1931) y Erick KANDEL (2000), significaron el establecimiento definitivo y aceptado por todos como una hipótesis potente.

La tesis de *los tres cerebros en un funcionamiento integrado*, elaborada por Paul MACLEAN,<sup>31</sup> consiste en: a) el cerebro automático inconsciente, típico de los reptiles. Su función es la

<sup>30</sup>ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 262. Como advertimos anteriormente, ROXIN constriñe el concepto de acción a un acto psíquico que diferencia de un acto consciente, pese a que la acción como “manifestación de la personalidad” aparecía en su obra como dominable por la voluntad y la conciencia.

<sup>31</sup>PANKSEPP, J. (2003). Foreword to CORY, G. and GARDNER, R. (2002), *The Evolutionary Neuroethology of Paul MacLean: Convergences and Frontiers*.

supervivencia y mantener el equilibrio homeostático. En los humanos se corresponde con regiones subcorticales como el tronco cerebral y el hipotálamo, entre otras; b) el cerebro emocional, que corresponde con estructuras corticales (como el cíngulo) y subcorticales, como la amígdala, el hipocampo que determina la integración de emociones; c) el cerebro cognitivo, los dos hemisferios cerebrales responsables de la función de conciencia. Una hipótesis tentativa que se conformó a partir del siglo XIX con BROCA, y su descripción del lóbulo límbico, y a partir de la neurología y la neurofisiología a mediados del siglo XX, el sistema límbico emocional sentó las bases para el alza de la hipótesis.

En las *diferencias del funcionamiento hemisférico*, tenemos que los dos hemisferios funcionan coordinados, debido a las conexiones establecidas a través del cuerpo calloso (fibras comisurales que unen los hemisferios). Las experiencias de SPERRY confirmaron la especialización del hemisferio izquierdo en el razonamiento analítico y el lenguaje, característico de la conciencia. En cuanto al hemisferio diestro es intuitivo, sintético, incapaz de comprender la comunicación del lenguaje e inconsciente. La hipótesis tiene un desarrollo histórico comenzando con BROCA y la descripción de las afasias y tuvo su establecimiento definitivo en los estudios de SPERRY, que le ganaron el premio Nobel en 1981.<sup>32</sup>

Por su parte, la *conciencia* se define como el conocimiento del mundo circundante y de uno mismo. Es la actividad del cerebro en conjunto y no de una parte en especial. El hemisferio izquierdo está particularmente muy activado. El hemisferio derecho en ese contexto es inconsciente pero intuitivo y tiene influencia sobre los actos que desarrolla un sujeto según su voluntad. Es una hipótesis tentativa con base firme en observaciones neurológicas como sucede con las demencias.

<sup>32</sup>OTTOSON, D., "Sperry has given us a new dimension on views of the higher functions of the brain", en *Lakartidningen* 78 (43): 3765–3773, 1981.

Estas hipótesis tienen actualidad y están siendo verificadas y confirmadas por técnicas *in vivo* de la neurociencia, como las imágenes de resonancia magnética funcional (RMNf), tomografía por emisión de positrones (TEP), mapeo de la actividad eléctrica cerebral (EEG) o magnética (MEG). Cuando se analiza la acción de esa manera, resulta fácil descubrir si en el desarrollo del acto hubo o no participación de la conciencia del sujeto.

Aun cuando cada uno de los ejemplos expuestos en este trabajo no hayan tenido monitoreo, y se estudien a posteriori, esas cuatro hipótesis pueden ser, aunque no la regla de oro, un auxiliar valioso para la toma de decisiones. Por ejemplo, las soluciones brindadas por SILVA SÁNCHEZ en su artículo citado, resultan muy discutibles. Los actos motores referidos tienen una primera fase en la cual la persona que sufrió el dolor en los genitales adopta una posición con las piernas separadas que le da apoyo y equilibra la fuerza de gravedad. En esa situación, el apretón de los testículos (altamente doloroso) provoca, aun antes de tenerse la conciencia del dolor, una serie de reflejos que incluyen los de la retirada brusca de la causa del estímulo de dolor unido con el mantenimiento del equilibrio. En estos casos opera ante el estímulo de dolor una respuesta instintiva. No existen evidencias que permitan plantear el acto desarrollado tras el apretón de los testículos como consciente o dentro de una "zona intermedia" de dudosa conceptualización y ubicación, para no excluir la responsabilidad penal, pues el dolor que se produce no necesita para su percepción de establecer conexiones en los hemisferios y generalmente se quedan los impulsos en el tálamo (núcleo subcortical). Es muy probable, visto en la distancia, que desde la óptica del cerebro triúnico, cuando se produjo el apretón testicular doloroso la actividad del cerebro reptil predominó e indujo la emoción de miedo en el cerebro límbico nublando la cognición.<sup>33</sup>

<sup>33</sup>KAZLEV, M. Alan *et al.* (2003-10-19). "The Triune Brain", *KHEPER*, Retrieved 2007-05-25.

En lo referido puntualmente al caso objeto de este comentario, un momento discutible pudiera ser –que no lo fue de la Sala que juzgó el caso– si el actuar imprudente del acusado pudo consistir en la capacidad de prever (se trata de una persona con retraso mental leve y que había ingerido bebidas alcohólicas) la creación de una situación de peligro como consecuencia de colocarse en un lugar de riesgo (es decir, detenerse después de haber ingerido bebidas alcohólicas en un lugar en el que existe un paso a nivel de la vía férrea en el instante que pasaba un tren de carga). Por ello no parece correcto, a nuestro entender, que el Tribunal Provincial que juzgó el caso sostenga que en ese momento el acusado, con el movimiento de agarrar al que resultó fallecido, “ganó en equilibrio pero hizo que su acompañante perdiera el suyo, **lo que tuvo que imaginarse que sucedería, pues al igual que él, su acompañante había ingerido bebidas alcohólicas durante todo el día**, con lo que consiguió arrojarlo sobre el tren”.

La representación de lo ocurrido indica que estamos ante la presencia aparente de los reflejos de equilibrio que no tienen que ver, al igual que los demás reflejos, con la conciencia del sujeto. Estos reflejos pueden ser iniciados en varios sistemas de receptores que detectan el desequilibrio entre el tono muscular de los músculos que mantienen la postura normal erecta contra la fuerza gravitatoria que siempre está presente. Por ejemplo, nos mantenemos de pie cuando estamos despiertos porque existe contracción tónica de los músculos paravertebrales y de la región posterior de las extremidades inferiores. Esta es una acción involuntaria –pero no típicamente refleja–, pues se debe a comandos motores procedentes del cerebro automático y específicamente desde una región del tronco cerebral conocida como *formación reticular del tronco del encéfalo*. Estos comandos llegan, finalmente, a través de neuronas intercaladas hasta las motoneuronas espinales que controlan la actividad de las fibras musculares del huso neuromuscular, un órgano ubicado entre las fibras musculares que responde al estiramiento del músculo, provocando un acto reflejo conocido como de estiramiento o miotático.

Cuando en el hecho se narra que el acusado y el fallecido “quedaron parados uno al lado del otro”, partamos de entender

que en la estancia de pie equilibrada de una persona, se utiliza el arco del reflejo miotático, que no constituye en sí un acto reflejo aunque resulte involuntario.<sup>34</sup> Ahora, si cuando estamos de pie alguien nos empuja hacia delante, o por cualquier razón perdemos el equilibrio, los receptores cutáneos y musculares, así como los órganos vestibulares, detectan la alteración y se producen acciones reflejas con variación del tono muscular y contracciones de otros músculos que compensan la fuerza de gravedad ahora en la posición variada, donde la fuerza gravitatoria tiene siempre la misma dirección. De modo que cuando se pierde el equilibrio, cualquier sujeto de nuestra especie pone en marcha reflejos que son involuntarios, independientes de la conciencia, tratando de contrarrestar la fuerza de gravedad. Si el acto es exitoso, el sujeto no cae, como usualmente ocurre en algunos deportes y actos de circo, pues entrenan y aprenden cómo inhibir el reflejo incondicionado.

En el caso analizado, el sujeto, sin ese entrenamiento previo, y bajo los efectos del alcohol (inhibe al sistema nervioso y, por ello, los reflejos de equilibrio no funcionan normal bajo el alcohol), no fue capaz de tener éxito con el acto reflejo y, como ocurre cuando caminamos sobre una cuerda, comenzó a mover sus extremidades y encontrando el apoyo del amigo lo agarró empujándolo, al igual que una persona que se está ahogando puede dañar a quien trata de salvarlo. Esos movimientos buscan un punto de apoyo y no se puede interpretar como conciencia, porque esta se manifiesta mediante la actividad cerebral que, por un lado, demoraría mucho tiempo por la cantidad de sinapsis entre las neuronas

<sup>34</sup>Una tendencia errónea fue la de considerar a partir de los resultados de PÁVLOV y de una interpretación reduccionista de la definición de LENIN de materia que se emplea en la teoría del conocimiento como válida por muchos filósofos marxistas de que todas las acciones, incluyendo las voluntarias, eran actos reflejos. La experiencia en neurofisiología cognitiva demostró que no todas las acciones humanas son reflejas, incluyendo acciones involuntarias como la estación de pie o la marcha en fase automática que utilizan los arcos desde ciertos patrones motores, los cuales son circuitos neuronales que interactúan con otros más complejos.

corticales y las de las vías vestibulares. Un acto consciente de ese tipo, lejos de beneficiar al reflejo lo perjudicaría, debido a que existen vías inhibitorias del reflejo procedentes del cerebro y, por ello, la evolución de los mamíferos terrestres no ha fijado, mediante la selección natural de DARWIN, esa característica no demostrada de interrumpir a la inconciencia con un instante de conciencia fugaz.

Un ejemplo que puede ilustrar de manera indirecta esta idea es el del salto o huida involuntario inconsciente de un primate o persona cuando aparece una serpiente o un león. El sujeto huye sin tener la percepción consciente de por qué se está escapando, y la razón demostrada en experimentos es que la información visual requiere, para ser consciente, viajar hasta el cerebro, a través del tálamo. La explicación es que existen vías muy rápidas que llevan la información visual desde el propio tálamo, pero no hacia el cerebro, sino hacia la amígdala, un núcleo subcortical que provoca entonces la huida y el miedo acompañante. Tiempo después es que el sujeto comprenderá la razón de su miedo. En ese ejemplo si hubiera que esperar a la conciencia para operar la acción refleja, la serpiente o el león lo alcanzarían con facilidad. Estos experimentos fueron realizados por LEDOUX en 1992 y referidos por GOLEMAN en un *bestseller* sobre la inteligencia de las emociones.<sup>35</sup>

Por tales razones, nadie durante una acción refleja, que es independiente de la voluntad, y ante un peligro como el que supone el caso objeto de comentario, se pone a imaginar con su cerebro cognitivo, sino que actúa con su nivel subcortical (cerebro reptil de la autoconservación), y solo después de que sucede un hecho como ese es que ocurre una reflexión, de modo que cuando el sujeto extendió su mano y tomó por el hombro al que concluiría fallecido, no lo hizo conscientemente, sino instintivamente, como lo hace el que pierde el equilibrio en una cuerda floja.

<sup>35</sup>GOLEMAN, D., *Inteligencia Emocional*, 67ma edición, Editorial Kairós, 1996.

#### 4. A modo de conclusión

A nuestro entender, la solución al caso brindado por la Sala del Tribunal Supremo fue correcta en todos sus extremos. Se aleja de aceptar determinadas teorías psicológicas que hicieron a autores como SILVA SÁNCHEZ definir la existencia de “zonas intermedias” entre una acción y no-acción, y definir un concepto de acto reflejo que diferencia de “actos en cortocircuito”, donde se estima que hay algo de voluntad y conciencia –como en el ejemplo citado–, o que permiten en la concepción personal de la acción de ROXIN una confusa diferencia entre una “voluntad consciente” y movimientos que se transmiten “psíquicamente y dirigido a un fin”. La solución de la Sala del Tribunal Supremo tiene validez desde la neurociencia, pues no existe duda neurofisiológica alguna de que en la pérdida de equilibrio (como la analizada en este caso) no hay posibilidad de que la conciencia actúe durante el acto reflejo (aunque fuera por un flashazo) desencadenado por las vías vestibulares. Plantear intervalos de conciencia en medio de actos inconscientes, sean reflejos o no, es una especulación sin base en la experiencia de la neurociencia.

Estas ideas son concluyentes en afirmar que, con esta solución, la Sala no hizo uso de un criterio extensivo para considerar el movimiento corporal del acusado como un “movimiento reflejo”, a los efectos de enmarcarlo en esta definición por no corresponderse con un “modelo ideal de conducta voluntaria y reflexiva” para el Derecho Penal. Por el contrario, desde un criterio neurológico, los hechos se pueden corresponder con un “movimiento reflejo no dominado por su voluntad, manifestación del instinto de supervivencia inherente a todo ser humano”, y, por tanto, suponer una exclusión de la responsabilidad penal por ausencia de una acción en sentido jurídico-penal, al que se llega por acogerse una concepción de la acción cuyo contenido exige como requisito fundamental un movimiento de la persona “dominado por la voluntad” –que hay que entender se hace extensivo a un criterio de la presencia de conciencia–, y con ello se insufla de un contenido valorativo correcto la definición de acción del artículo 8 de nuestro Código Penal.

# Crónicas de Legislación y Jurisprudencia

**Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO**

*Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial  
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana  
Notario*

**Dr. Carlos PÉREZ INCLÁN**

*Profesor Auxiliar de Derecho Financiero  
Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana  
Asesor Jurídico del Ministerio del Comercio Exterior  
y la Inversión Extranjera*

## Legislación

**Instrucción No. 232, de 20 de noviembre de 2015, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, No. 1, de 7 de enero de 2016.*** Reglamenta la utilización por los tribunales de la videoconferencia para la práctica de pruebas en los procesos judiciales, a partir del empleo en los procesos judiciales de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones como medios y herramientas para hacer más efectiva y menos costosa la actividad jurisdiccional, así como la necesidad de incorporar la videoconferencia como medio eficaz para escuchar testimonios o declaraciones de personas que se encuentren en sitios muy distantes o impedidos de comparecer personalmente ante las autoridades judiciales, todo lo cual supone su eficacia como medio de prueba cuando se realiza dentro del territorio nacional o se solicita para ser efectuada con otros países.

**Resolución No. 93, de 2 de marzo de 2016, del Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, No. 18, de 5 de abril de 2016,* “Reglamento para la tramitación y aprobación de exenciones y bonificaciones arancelarias y cambios de**

**moneda, para mercancías de importación comercial que se otorguen de forma permanente o eventual**". Deroga la Resolución No. 243, de fecha 26 de agosto de 2010, del Ministerio de Finanzas y Precios. Responde a la necesidad de actualizar las disposiciones referidas a la tramitación y aprobación de exenciones, cambios de moneda y bonificaciones arancelarias, para mercancías de importación comercial que se otorguen de forma permanente o eventual, así como regular lo referido a la presentación de las solicitudes de exención del Impuesto Aduanero por las empresas mixtas y los inversionistas nacionales y extranjeros partes en contratos de asociación económica internacional, por las importaciones de equipos, maquinarias y otros medios durante el proceso inversionista establecidas en la Ley No. 118, "Ley de la Inversión Extranjera", de 29 de marzo de 2014.

**Resolución No. 6, de 21 de marzo de 2016, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, No. 7, de 23 de marzo de 2016.** Deroga la Resolución No. 17, de 23 de abril de 2014, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Establece los procedimientos de aplicación para la forma de pago por rendimiento, a partir de las experiencias en la aplicación de la Resolución No. 17, de 23 de abril de 2014, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sobre las formas y sistemas de pago.

**Resolución No. 132, de 29 de marzo de 2016, del Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, No. 10, de 8 de abril de 2016.** Deroga la Resolución No. 283, de fecha 15 de julio de 2013, del Ministerio de Finanzas y Precios. Establece el "Procedimiento contable, de precios y financiero, de los bienes ocupados en procesos penales o confiscatorios administrativos". Obedece a la necesidad de actualizar y ajustar el procedimiento financiero, contable y de precios de los bienes ocupados en procesos penales y confiscatorios administrativos a las condiciones en que se realizan las operaciones de comercialización, con el objetivo de establecer las regulaciones contables, de precios y financieras que han de tener en cuenta las entidades responsabilizadas con el

depósito, conservación y disposición de los bienes ocupados en tales procesos.

**Resolución No. 154, de 18 de abril de 2016, del Ministerio de Finanzas y Precios, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 13, de 21 de abril de 2016, “Procedimiento para el sistema de relaciones financieras entre las empresas estatales, las sociedades mercantiles de capital ciento por ciento (100 %) cubano y las organizaciones superiores de dirección empresarial, con el Estado”. Su objetivo es regular el sistema de relaciones financieras que tiene lugar entre las empresas estatales, las sociedades mercantiles de capital totalmente cubano y las organizaciones superiores de dirección empresarial, con el Estado, así como elementos de administración financiera empresarial. La Resolución se aplica a las operaciones correspondientes a partir del ejercicio económico del año 2015, y deroga la Resolución No. 203, de 23 de abril de 2014, del Ministerio de Finanzas y Precios.**

## **Jurisprudencia**

### **Tribunal Supremo, Sala de lo Civil y de lo Administrativo**

***Dies a quo*, o momento a partir del cual se comienza a computar el plazo de prescripción de la acción de anulabilidad por fraude**

**Sentencia No. 28 de 29 de enero de 2016**

**Primer Considerando**

**Ponente GONZÁLEZ GARCÍA**

“... en modo alguno puede considerarse prescrita la acción de anulabilidad por fraude impetrada por la donante del inmueble controvertido, pues, computándose el decursar de dicho término a partir de que la acción pudo efectivamente ser ejercitada, ese instante procesal ha de ubicarse en el momento de haber alcanzado la donante de la vivienda plena convicción del engaño de que había sido objeto, que no

resulta coincidente con el de otorgamiento del acto jurídico interpelado como pretende quien recurre”.

### **Apreciación de fraude, determinante de la anulabilidad del acto de donación**

**Sentencia No. 28 de 29 de enero de 2016**

**Segundo Considerando**

**Ponente GONZÁLEZ GARCÍA**

“... concurre el fraude como circunstancia que determina la anulabilidad del acto de donación inmobiliaria controvertido al haber infundido la donataria, ahora recurrente, falsas creencias a la donante en el sentido de que podría perder su vivienda si no otorgaba la cuestionada transferencia gratuita de dominio”.

### **Apreciación de los requisitos de especial protección en la progenitora del causante en un supuesto de sucesión *ab intestato***

**Sentencia No. 161 de 16 de marzo de 2016**

**Primer Considerando**

**Ponente ALFARO GUILLÉN**

“... el expediente de seguridad social que se destaca como alternativa de exclusión del especial amparo a que está llamada en el ámbito de la sucesión intestada la progenitora del causante a partir de la constatada inaptitud para trabajar por prolongados padecimientos que le han colocado en un estado de dependencia económica respecto a sus familiares, entre los que figura su descendiente más próximo en primer lugar, en atención a las regulaciones de los artículos ciento veintitrés del Código de Familia para los vínculos entre parientes y cuatrocientos noventa y tres del Código Civil para el régimen sucesorio, no logra en modo alguno validar la improcedencia de la tutela hereditaria que el ordenamiento jurídico prevé en estos casos, porque en última instancia corrobora la inexistencia de ingresos propios en el patrimonio de la persona a la que se refiere, que ni siquiera en la actualidad se encuentran cubiertos por esa vía, si no por el

insuficiente esfuerzo de parientes más remotos que durante años han asumido sus cuidados, deviniendo por demás intrascendente el extremo de la no convivencia entre el causante y la controvertida sucesora, cual artificio para colocar la responsabilidad de manutención en personas distintas, posición que contraviene la esencia del régimen de la sucesión intestada en cuanto a los padres del causante, los que si bien no alcanzan la condición legitimaria por la inexistencia de un articulado que así lo asegure, al menos cuentan con la posibilidad de concurrir con los titulares del primer llamado sucesorio para adquirir una porción igualitaria del caudal permisiva de solventar algunas de sus necesidades vitales, a las que en su tiempo debió atender el fallecido, cuyo incumplimiento o moderada verificación no invalidan el acceso a la herencia de la progenitora, respecto a la que debidamente ha sido acreditada la escasez de recursos básicos que le es consustancial (...).”

### **No apreciación de los requisitos de la especial protección respecto de la viuda del causante**

**Sentencia No. 182 de 18 de marzo de 2016**

**Primer Considerando**

**Ponente ALFARO GUILLÉN**

“... sin llegar a valorar el acierto de los sustentos del juzgamiento sobre la condición de viudez de la recurrente respecto al causante del que reclama su reconocimiento como legitimaria preterida, condicionante de la nulidad de la cláusula testamentaria de institución de heredero a favor de su contraria, e incluso tomándola como válida, advertimos los actuantes una notable insuficiencia probatoria general en cuanto a los presupuestos de especial protección sucesoria que consagra el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil, consistentes en la demostrada dependencia económica de los recursos del testador por la inaptitud para al trabajo a cargo de quien reclama esta condición, presupuestos que determinan el carácter asistencial del régimen jurídico de la sucesión forzosa en Cuba, y que requieren un reforzamiento probatorio de su vigencia, sobre todo en los casos en los que el testador, a

pesar del asesoramiento del notario a cargo de la instrumentación de su última voluntad manifestó no tener a su cargo familiares de los que constituyera sostén económico, como consta en esta oportunidad en la cláusula primera, del testamento que contiene la disposición impugnada, y que no logran acreditar la edad de la inconforme a la fecha del otorgamiento, por no ser este el momento para el despliegue de la exigencia y control del cumplimiento de los requisitos asistenciales, y sobre todo porque este elemento por sí solo no confiere la pretendida cualidad, habida cuenta, por ejemplo, la mayoría del causante respecto a quien recurre, de la mano con los argumentos que en contrario alegó y demostró la no recurrente desde su posición de heredera instituida como tal por el testador, en cuanto a los períodos en los que la inconforme estuvo vinculada laboralmente, excluyentes del hecho aportado sobre su sostenida condición de ama de casa, de cualquier padecimiento físico impeditivo de su incorporación al trabajo fuera del hogar y de verificado acuerdo al efecto entre los miembros de la pareja en cuanto a la exclusiva ocupación de la miembro femenina de las labores domésticas; las prolongadas rupturas de la relación de pareja que mantuvo por años con el fallecido, al punto de haber contraído este último matrimonio durante uno de ellos con persona distinta y sobre todo la participación de los hijos de la casacionista en su manutención, sujetos obligados al amparo del artículo ciento veintitrés del Código de Familia a dar alimentos a sus padres, de suerte que el análisis integral de la totalidad de las derivaciones probatorias obtenidas a cargo de ambas contendientes, impide convicción sobre la invocada condición de sucesora forzosa (...).”

### **Principio de seguridad jurídica. Valor de las inscripciones registrales del Registro del Estado Civil**

**Sentencia No. 254 de 15 de abril de 2016**

**Primer Considerando**

**Ponente LEÓN RIVAS**

“... el Registro del Estado Civil (...) constituye Registro Público de especial importancia en el ámbito estatal y social, cuyas inscripciones la Ley especial protege, en

virtud del principio de seguridad jurídica; y que solamente puede variarse una inscripción realizada con todos los requisitos legales, cuando se disponga por tribunal competente (...).

**Presunción del ejercicio de la capacidad de obrar en toda persona. La incapacitación como excepción**

**Sentencia No. 312 de 29 de abril de 2016**

**Primer Considerando**

**Ponente ARREDONDO SUÁREZ**

“... todo individuo, por el mero hecho de serlo, tiene personalidad y, consecuentemente, posee capacidad jurídica, que resulta el atributo o cualidad esencial de la personalidad, entendida como la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones, por ende, la estimación de la incapacidad de obrar de una persona se encuentra sujeta a rigurosa y especial tramitación, de manera que no basta que presente determinado trastorno síquico para estimarla incapacitada, sino que es preciso que este ocasione afectación de magnitud tal que le impida discernir, de lo que se colige que mientras no exista al respecto declaración judicial será preciso acreditar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz (...).”

# Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes

La Unión Nacional de Juristas de Cuba otorga anualmente el Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes, con el propósito de reconocer la vida y obra de aquellos juristas que han sobresalido por una destacada ejecutoria profesional, valores éticos y aportes al desarrollo del Derecho en el país desde la práctica profesional, la docencia o las investigaciones, y que con su labor han contribuido a dignificar el ejercicio de la profesión.

Las propuestas se realizan desde la base, los capítulos provinciales de las sociedades científicas, las juntas directivas provinciales y las directivas nacionales de las sociedades.

## TEXTO DEL ACUERDO

El Jurado designado por la Junta Directiva de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, para seleccionar al jurista merecedor del Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes correspondiente al año 2015, estuvo integrado por:

Dr. Juan MENDOZA DÍAZ (Presidente)  
Dra. Maritza MC CORMACK BÉQUER (Secretaria)  
Dr. Andry MATILLA CORREA (Vocal)  
MSc. Yarina AMOROSO FERNÁNDEZ (Vocal)  
Lic. Emiliano MANRESA PORTO (Vocal)

Los cuales, después de analizar las diferentes propuestas, acordaron por mayoría que ha resultado merecedor el

**Dr. Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO**

Fundamentación:

- Fue miembro del Movimiento 26 de Julio en la Universidad de La Habana y fundador del Bloque Obrero-Estudiantil.

- Como miembro de la FEU, realizó múltiples actividades entre las que se encuentran: representante en la Comisión Nacional Pro-Reforma Judicial constituida en el Tribunal Supremo de Justicia, Secretario de Asuntos Jurídicos de la Asociación de Estudiantes de Derecho, miembro de la Comisión Mixta de Reforma Universitaria en la Facultad de Derecho, y se ratificó como Asesor Jurídico de la FEU. Obtuvo once (11) premios, diez (10) de ellos ordinarios y uno (1) especial de Derecho Agrario. Fue el Primer Expediente Académico.

Profesionalmente:

- Delegado del Ministro de Justicia en la Ciénaga de Zapata para dirigir el proceso de inscripciones civiles. Miembro de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores en calidad de Asesor Jurídico.
- Miembro de la Directiva de la Junta Revolucionaria del Colegio de La Habana.
- Miembro de la Comisión Nacional para la creación institucional de los tribunales populares en las montañas.
- Delegado del Ministro de Justicia en las montañas.
- Miembro de las comisiones de Estudios Jurídicos creadas para el proceso de institucionalización del Estado, por el Comité Central del Partido Comunista de Cuba (PCC).
- Director Jurídico del Ministerio de Salud Pública.
- Miembro de la Comisión Gubernamental para la redacción del proyecto de Ley de Tránsito Constitucional.
- Prestó cooperación en la Sección de Ateísmo Científico del Comité Central del Partido Comunista de Cuba.
- Asesor Legal de las nueve (9) empresas provinciales del Ministerio de Salud Pública.

- Integró las comisiones de los proyectos Legislativos de Ley de la Salud Pública y del Código de Trabajo.
- Asesor Jurídico “ex officio” de la Dirección Provincial de la Vivienda.
- Asesor del Instituto de Medicina Legal.
- Especialista en Derecho Constitucional en el Departamento Jurídico de las Oficinas Auxiliares de la Asamblea Nacional del Poder Popular.
- Trabajó en el Departamento Jurídico del Comité Estatal de Finanzas como Especialista en Derecho Financiero, donde fue designado representante de ese Comité Estatal en la Comisión Coordinadora de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- Miembro del Consejo Técnico Asesor del Ministro de Justicia.
- Asesor Jurídico de la Empresa de Proyectos del SIME (EMPROSIME).
- Miembro de la Sección Jurídica Comercial de la Comisión Nacional de Proyectos del Ministerio de la Construcción.
- Asesor de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular.
- Miembro asesor del Grupo Legislativo del Ministerio de Justicia para trabajar voluntariamente en la elaboración de los proyectos del Código de Contravenciones y del Decreto-Ley sobre Infracciones Administrativas.
- Comité Central del PCC.
- Escuela Superior del PPC.
- Ministerio de Hacienda.
- Ministerio de Salud Pública.
- Ministerio de Relaciones Exteriores.

- Ministerio de las Fuerzas Armadas Revolucionarias.
- Ministerio de la Construcción.
- Universidad de Santiago de Cuba.
- Unión Nacional de Juristas de Cuba.
- Fiscalía General de la República.
- Tribunal Supremo Popular.
- Centro de Estudios Martianos.
- Colegio de Abogados Revolucionarios de La Habana.
- Dirección Provincial de la Vivienda de Ciudad de La Habana.
- Instituto Nacional de la Vivienda.
- Ministerio de la Industria Pesquera.
- Ministerio de Educación.
- Cámara de Comercio de la República de Cuba.

Como profesor inició sus actividades en la Facultad de Derecho en 1961. Formó parte del Departamento de Filosofía del Colegio de Abogados de La Habana, además de asumir el cargo de Jefe de Redacción de la *Revista Cubana de Jurisprudencia*.

- Miembro del Comité Científico de la Universidad de La Habana.
- Profesor de la Escuela Superior de Mandos del MININT.
- Profesor de la Escuela de Contrainteligencia del Ministerio del Interior.
- Profesor de la Escuela Provincial de Capacitación de la Dirección Provincial de Salud señalada.
- Profesor del Centro Nacional de Capacitación de la Junta Nacional de Bufetes Colectivos.

- Profesor de la Escuela Nacional del Partido Único López.
- Impartió docencia en varios países como profesor invitado, en las universidades de Jaen, Córdova, Loja, Ayuntamiento de Torredonjimeno, Bolivia, Ecuador.
- Miembro del Consejo Asesor del *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, editado en Madrid para Iberoamérica.
- Trabajó en la Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia como Especialista en Derecho Administrativo.
- Tutor de tesis de grado, diplomados, maestrías y doctorados; oponente y presidió tribunales docentes y académicos.
- Durante su vida profesional de más de cuatro décadas ha impartido las asignaturas siguientes: Teoría del Estado, Teoría del Derecho, Filosofía del Derecho, Derecho sobre Bienes, Contratos y Obligaciones (civiles y mercantiles), Derecho Mercantil, Lógica Jurídica, Ética Médica, Ética Jurídica, Panorama de la Cultura Universal, Historia del Estado y del Derecho, Historia de las Ideas Políticas, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Marxismo-Leninismo, Metodología de la Investigación Social, Técnica Jurídica, Derecho de Familia y Derecho Internacional (Público y Privado).
- Vicepresidente del Consejo Científico del Instituto de Investigaciones Jurídicas del MINJUS.
- Es miembro fundador de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, miembro de su Consejo Nacional y presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil de esa Organización.
- Miembro de la Sociedad Cubana de Administración de Salud.

- Fue elegido miembro y directivo de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, y miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo.
- Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Informática.

Actualmente es miembro de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico y miembro del Comité Asesor de la *Revista Jurídica* del Ministerio de Justicia.

Ha obtenido premios por la Unión Nacional de Juristas y múltiples reconocimientos a nivel nacional: “Mérito al Jurista del Sistema del Ministerio de Justicia”.

Ha publicado trabajos filosóficos, jurídicos, políticos y sociológicos en revistas y publicaciones nacionales y extranjeras.

Autor de trece libros publicados, de su sola autoría. Ha publicado más de cincuenta monografías y artículos en revistas especializadas en Cuba y en el Extranjero, diez folletos y dos prólogos.

Ha atendido importantes negociaciones sobre empresas mixtas, contrataciones internacionales, arbitrajes internacionales, procesos judiciales y otros asuntos jurídicos internacionales en veintisiete países.

Ha formado parte de comisiones para la redacción de proyectos legislativos como: la Ley General de la Vivienda en 1988, la de Reforma Constitucional en 1992 y la de Inversiones Extranjeras en 1995.

El conjunto de los méritos relacionados y las responsabilidades y misiones realizadas de forma exitosa, permiten reconocer en el Dr. Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO una vida de entrega a la obra revolucionaria y a la práctica y desarrollo del Derecho en Cuba. Su destacada e

integral ejecutoria en el campo de la investigación, la docencia y el ejercicio de la profesión, constituyen un ejemplo que se debe destacar e imitar, y lo hacen merecedor del reconocimiento que en el día de hoy se le entrega.

**Intervención del compañero Homero ACOSTA ÁLVAREZ, secretario del Consejo de Estado, en el acto de entrega del premio Carlos Manuel de Céspedes y la conmemoración del 40 aniversario de la Constitución socialista cubana**

Estimados colegas:

Deseo, en primer término, agradecer a la Junta Directiva de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y a su Presidente, haberme honrado con pronunciar unas palabras en tan memorable fecha.

Sumo mis felicitaciones al Dr. Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO por su merecido premio Carlos Manuel de Céspedes. Se salda una deuda con quien ha tenido una larga y fecunda labor profesional, y al cual debemos importantes obras para el estudio del Derecho. Hoy, con la vitalidad juvenil que le caracteriza, continúa aportando y sorprendiéndonos con su trabajo.

Igualmente, resalto la justeza del reconocimiento a los compañeros Rodolfo DÁVALOS y Nuris PIÑEIRO por su contribución, desde el Derecho, a la lucha por la liberación de nuestros Cinco Héroes.

Recordar el 24 de febrero, fecha de inicio de la segunda etapa de nuestra Guerra de Independencia que organizara nuestro Héroe Nacional José MARTÍ y en la cual conmemoramos el cuadragésimo aniversario de nuestra Constitución socialista, en este memorial, revela un gran simbolismo. Resulta obligado, por ello, evocar a nuestro Héroe Nacional José MARTÍ, organizador de la que llamara Guerra Necesaria e inspirador del proyecto revolucionario socialista cubano.

Una primera idea que debo trasladar es la imposibilidad de analizar la vigente Constitución, proclamada hace 40 años, sin echar una mirada al *iter* constitucional en nuestra historia. Haber llegado hasta aquí es también fruto de un proceso histórico complejo, a veces contradictorio, cuyo hilo conductor podemos encontrarlo en la búsqueda desde nuestros padres fundadores de una Patria libre y soberana, y una sociedad más justa.

Ese sentimiento constitucionalista e independentista vio la vida desde los inicios de la lucha contra el colonialismo español al organizarse una República en Armas sobre pilares constitucionales y que tendría su primera expresión en Guáimaro, en abril de 1869. Toda una utopía en las condiciones de la lucha. Luego vendría la Constitución de Baraguá de 15 de marzo de 1878, fruto del pensamiento de Antonio MACEO y símbolo de la voluntad de continuar la lucha hasta alcanzar los objetivos por los que se había iniciado.

MARTÍ, como expresáramos, alma del inicio de la lucha en 1895, había analizado a profundidad las causas del fracaso de la Guerra de los Diez Años, en particular lo relativo a la estructura político-militar derivada de la Constitución de Guáimaro y supo juzgar con acierto las diferencias de CÉSPEDES y AGRAMONTE.

Fue clave su visión de organizar la lucha siguiendo postulados cívicos y republicanos, pero sin obstaculizar el desarrollo de las operaciones militares. En las Bases del Partido Revolucionario Cubano definía que la contienda sería de *“espíritu y métodos republicanos”* y *“así contribuir a un triunfo rápido y a dar “la mayor fuerza y eficacia a las instituciones que de ella se funden, y deben ir en germen en ella”*. Igualmente en el Manifiesto de Montecristi señalaba: *“Desde sus raíces se ha de constituir la Patria con formas viables, y de sí propias nacidas, de un modo que un gobierno sin realidad ni sanción no lo conduzcan a las parcialidades o a la tiranía”*.

No son desconocidas las discrepancias con MACEO sobre la organización de la guerra. Su prematura muerte en Dos Ríos

le impidió ver la Constitución de Jimaguayú. Coincidió con la idea de que: *“Pudo pensarse que al morir él, moriría su pensamiento de un gobierno democrático para el pueblo de Cuba Libre ya que la guerra quedaba, al menos cuando el gran revolucionario cayó en Dos Ríos, en manos de fuertes líderes militares. Pero no fue así: la labor de Martí había sido tan intensa, su prédica constante acerca de la necesidad de crear una república democrática había calado tan hondo en las entrañas de su pueblo, que aquellos de quienes pudo temerse que no estuvieran de acuerdo con él fueron los primeros en mover los resortes necesarios para poner en práctica las ideas que él traía al desembarcar en Cuba”*. O en palabras de Emilio ROIG: *“la batalla que no pudo ganar en vida, la ganó Martí después de muerto.”*

Finalmente, el período constitucionalista mambí cierra con la Constitución de la Yaya, aprobada el 29 de octubre de 1897 en cumplimiento del mecanismo de reforma establecido en Jimaguayú, la más amplia y abarcadora de todas con una extensa declaración de derechos, que no concluye con la independencia, sino con la intromisión interesada de los Estados Unidos en la guerra.

No quisiera concluir esa etapa sin citar las palabras de Fernando ORTIZ: *“Para los libertadores las constituciones no fueron solamente organización de la rebeldía de un núcleo humano para la acción interna, ni la intempestiva y anticipada consagración de un régimen interno inmaduro forzada para impresionar en el extranjero: sino que fueron, además, la intangibilidad del ideal revolucionario beligerante. Ellas eran la ¡República de Cuba! Eran la expresión simplista del ideal de los cubanos: la independencia. Eran, como el escudo, la bandera y el himno de Bayamo, un símbolo de nación libre”*.

La República nació con una Constitución en 1901 profundamente liberal y maniatada por la Enmienda Platt, antítesis de las aspiraciones de nuestros próceres. Un mecanismo de dominación legitimado constitucionalmente que sesgaba la soberanía y humillaba profundamente a nuestro pueblo.

En medio de diferentes vaivenes políticos e interregnos constitucionales, tras la caída de la dictadura machadista, se llega a un proceso que pudiera catalogarse de hito en la historia democrática burguesa: la aprobación de la Constitución de 1940. Un conjunto de factores de carácter interno e internacional conllevaron a lograr una norma de avanzada en el pensamiento constitucional de una época, al incorporar un grupo de derechos económicos y sociales, como el derecho al trabajo, salario mínimo, descanso, etcétera, derivados del constitucionalismo social de México y Weimar.

Su mayor incapacidad en los marcos de la democracia burguesa fue no hacer realidad sus postulados ni desarrollar las leyes complementarias.

Estuvo vigente hasta la ruptura constitucional provocada por el golpe del 10 de marzo de 1952 y frente al cual se desarrolla la lucha revolucionaria que enarbola, entre sus reivindicaciones principales, su restablecimiento futuro.

Al triunfar la Revolución, como es conocido, se dicta en febrero de 1959 la Ley Fundamental, mediante la cual se ajusta la Constitución de 1940 a la nueva realidad sociopolítica y a las necesidades de la radical transformación social que acontecería, y con ello se inicia el llamado período de provisionalidad.

Comienza la destrucción inmediata de la maquinaria estatal burguesa, que incluyó el cese de funciones de los espurios representantes de los órganos vinculados con la dictadura batistiana, y la desintegración de los viejos partidos políticos. Se concentran en el Consejo de Ministros las facultades constituyentes, legislativas y ejecutivas, manteniéndose el cargo de Presidente y adquiriendo un mayor peso el de Primer Ministro, al asumirlo Fidel CASTRO RUZ.

Desde ese órgano se fueron adoptando las medidas principales en cumplimiento del Programa del Moncada y se restablecieron los derechos conculcados al pueblo. La Ley de Reforma Agraria, las leyes de Nacionalización, el acceso a la enseñanza, el empleo, la confiscación de los bienes de los malversadores,

todas en una primera etapa democrática revolucionaria contaron con un amplio apoyo y legitimación popular.

Paulatinamente se va produciendo un proceso de reconstrucción del sistema estatal y de su sistema jurídico.

Para mediados de la década del 60 se aprecia el interés de encontrar formas institucionales superiores en la organización del Estado, a todos sus niveles, del Partido y de las organizaciones de masas en el país.

Pocas veces se recuerda que en el discurso de Fidel el 28 de septiembre de 1965 reconocía: *“Nuestro aparato estatal (...) al surgir en medio de la Revolución como creación nueva que habría de sustituir al viejo aparato administrativo del Estado, ha adolecido, naturalmente, de todas las deficiencias que una cosa nueva y compleja como esta trae consigo inevitablemente. Pero se ha estado realizando, sobre todo en los últimos tiempos, un esfuerzo muy considerable para mejorar la eficiencia del aparato administrativo del Estado...”*.

Y más adelante, en esa propia intervención, reclama la necesidad de organizar al Partido, en todas las instancias, incluida la creación del Secretariado del Comité Central, y anuncia la preparación de un congreso de la organización política al siguiente año. Asimismo, precisó: *“... debemos empezar a preocuparnos para elaborar la Constitución Socialista”*.

Se aprecia una voluntad por institucionalizar desde sus raíces el Estado socialista cubano, y en particular la necesidad de articular y construir democráticamente ese Estado, y sus órganos representativos; eliminar la excesiva centralización administrativa y las disfunciones en la labor del Partido y el Estado.

En esa dirección resalta la creación en 1968 de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido, presidida por Blas ROCA, cuya labor comenzaría en 1969. Entre las tareas que debía acometer de inmediato incluía importantes

proyectos legislativos y la labor asesora de lo que sería la futura Constitución.

Diversas razones de carácter interno y externo impidieron en lo inmediato llevar a vías de hecho esas ideas, en particular porque los esfuerzos principales desde finales de esa década del 60 estuvieron dirigidos a lograr en el año 1970 una producción de azúcar de 10 millones de toneladas, vía que se consideraba imprescindible para lograr un salto en el desarrollo económico y poder sostener los amplios programas sociales y el bienestar de la población.

Precisamente serían los duros análisis derivados del no cumplimiento de la zafra de 1970 y el retroceso en un importante número de indicadores económicos, así como las secuelas en el funcionamiento de los órganos políticos, administrativos y las organizaciones de masas, el punto de inflexión y el elemento catalizador del proceso institucionalizador que llevaría a la Constitución de 1976.

A partir de ahí comenzó un análisis en la dirección del Partido para estudiar aspectos principales sobre los cuales no había, hasta el momento, definiciones y que era necesario esclarecer por el impacto que tendrían entre otros, en la futura Constitución. Nos referimos al sistema económico, al sistema de gobierno, los mecanismos de participación popular, la división político-administrativa, el papel del Partido y su delimitación funcional respecto al Estado y las organizaciones de masas. Todos debían evaluarse en el Congreso del Partido.

En ese sentido destaca el 24 de noviembre de 1972 la reorganización del Consejo de Ministros y la creación de su Comité Ejecutivo, con la atención diferenciada de los organismos de la Administración Central del Estado; en enero de 1973 se definen cambios en la concepción del trabajo de los organismos de dirección superior del Partido, que incluyen, entre otros, la constitución del Secretariado del Comité Central; la celebración del XIII Congreso de la CTC; la Ley de Procedimiento Penal en 1973, que introdujo importantes cambios, ofreció nuevas garantías y dejó atrás elementos del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal de la Colonia; y

unido a ello la Ley de Organización del Sistema Judicial ese propio año, mediante la cual se unifican las distintas jurisdicciones, se establece la participación de jueces profesionales y legos y se crea la Fiscalía General de la República como órgano encargado del ejercicio de la acción penal pública y del control y preservación de la legalidad socialista.

Junto a ello, desde mediados de 1973 comenzaron los estudios para preparar un experimento que conllevara la organización y funcionamiento de un sistema de órganos representativos apoyados en una amplia participación popular, para el ejercicio del poder soberano a nivel local. Para dar cumplimiento a esa tarea se aprobó en mayo de 1974 la Ley No. 1269 que instituyó la Comisión Nacional para dirigir los trabajos experimentales de los órganos del Poder Popular en Matanzas.

Si bien la Comisión de Estudios Jurídicos se encontraba trabajando en las bases de la futura Constitución, el 22 de octubre de 1974 por Acuerdo del Consejo de Ministros se crea la Comisión Mixta del Partido y del Gobierno encargada de preparar y redactar el anteproyecto de Carta Magna. En ella se integraban dirigentes del Partido, del Gobierno, de las organizaciones de masas y destacados juristas.

En ese Acuerdo se establecieron un grupo de bases que orientaban el trabajo que se iba a desarrollar, teniendo en cuenta las realidades económicas y sociales; la experiencia del ejercicio del poder revolucionario en los años anteriores, incluido el proceso de perfeccionamiento del aparato estatal, las experiencias de los países que construían el socialismo, las tradiciones progresistas y revolucionarias del pueblo, y debía fundamentarse en sólidos principios marxistas leninistas. Asimismo, trazaba pautas para un grupo de contenidos vinculados fundamentalmente al sistema económico, el sistema de órganos estatales y los principios de su organización y funcionamiento, los derechos y deberes de los ciudadanos.

Como había sido establecido en el referido Acuerdo, la Comisión entregó el anteproyecto al compañero Fidel CASTRO

RUZ, el 24 de febrero de 1975, y posteriormente como un proyecto oficial fue sometido a una amplia consulta popular. En ese proceso participaron 6 millones 216 mil 981 ciudadanos, los que propusieron 12 883 modificaciones, 2 343 adiciones de contenido constitucional, así como 84 solicitudes de aclaraciones.

Luego de analizadas estas propuestas se preparó el proyecto que fue presentado al I Congreso del Partido Comunista de Cuba. Durante la presentación del Informe Central a la cita partidista, Fidel señaló:

*“Hoy necesitamos una Constitución socialista, en correspondencia con las características de nuestra sociedad, con la conciencia social, las convicciones ideológicas y las aspiraciones de nuestro pueblo. Una Constitución que refleje las leyes generales de la sociedad que construimos, las profundas transformaciones económicas, sociales y políticas operadas por nuestro pueblo. Una Constitución, en fin, que consolide lo que somos hoy y que nos ayude a alcanzar lo que queremos ser mañana”.*

*“Se ha trabajado concienzudamente en la elaboración del proyecto de Constitución. En él se han sintetizado las experiencias de nuestro propio pueblo y la experiencia universal de los pueblos que nos precedieron en la edificación socialista. Creemos que es un texto digno del primer Estado socialista de obreros y campesinos, de trabajadores manuales e intelectuales, del continente americano, en el cual la soberanía y todo el poder pertenecen real y verdaderamente al pueblo laborioso, poder fundamentado en la propiedad colectiva sobre los medios de producción y sustentado en la firme alianza obrero-campesina, guiada por la clase obrera y su vanguardia organizada marxista-leninista, el Partido Comunista de Cuba, fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado”.*

Una vez aprobado en el Congreso del Partido, el proyecto fue sometido a referendo junto a la Ley de Tránsito Constitucional, mediante el voto libre, directo y secreto de nuestro pueblo.

Los datos son harto reveladores del nivel de aprobación. De un total de 5 millones 717 mil 266 electores, concurrieron a las urnas 5 millones 602 mil 973 (un 98 % del total). De esa cifra votaron a favor del proyecto 5 millones 473 mil 534, para un 97,7 %, mientras solo 54 070 (el 1 %) votaron negativamente; otros 44 221 votaron en blanco (0,8 %) y hubo 31 148 boletas anuladas (0,5 %).

Por primera vez en nuestra historia se ejercía el poder constituyente de esta manera directa. Además de la consulta popular, la ratificación en referendo de un texto constitucional. No había antecedentes en América Latina, ni tampoco fue la práctica seguida en los países socialistas. Obedeció a las ideas y a la práctica política de nuestra dirección revolucionaria que concebía la amplia participación del pueblo en la toma de las decisiones fundamentales.

Un día como hoy, hace 40 años, fue proclamada en acto solemne en el teatro Carlos MARX. En la ocasión correspondió al compañero Raúl CASTRO RUZ, entonces segundo secretario del Comité Central del Partido, las palabras centrales. Entre otras cuestiones señaló: *“Jamás en la historia de nuestra Patria y de nuestro continente ha sido aprobada una Constitución de contenido tan revolucionario y progresista; que responda en tal alto grado a los intereses de la Patria y del pueblo; que consagre y garantice con tal amplitud, y en tal correspondencia con la realidad económico-social de la que deriva y a la que norma jurídicamente, los principios de igualdad y justicia social y los derechos del individuo en concordancia con los intereses de toda la sociedad”*.

Señalaba, además, a la Constitución como *“el documento más importante que rige el proceso de institucionalización de la Revolución”*. Con ella concluía el período de provisionalidad.

La Constitución de 1976 afianza la independencia y soberanía nacional, aspiraciones legítimas de nuestros libertadores, que había sido lograda en 1959; diseña un sistema económico sustentado en la propiedad cuasi absoluta del Estado sobre los medios de producción; define el papel del Partido como ente superior de la sociedad y del Estado; consagra derechos

y libertades que no nacen con ella, sino que refleja los que en el devenir revolucionario había conquistado para el pueblo; establece garantías materiales que permiten el ejercicio de los derechos y establece como principio del funcionamiento del Estado y sus instituciones la democracia socialista.

Anunció, como forma de gobierno, un modelo semi-parlamentario, siguiendo patrones del constitucionalismo socialista de entonces, aunque diseñó un sistema de órganos del Poder Popular estructurado desde la base hasta los niveles superiores asentado en la participación popular, que supone la elección, rendición de cuentas de los elegidos y posibilidad de revocación del mandato de estos por la ciudadanía, que lo aleja del sistema representativo burgués. No es el mandato imperativo clásico, pero supone en su idea primigenia un vínculo constante entre electores y elegidos.

Algunos autores cubanos y otros desde el exterior en los últimos tiempos al analizar el texto constitucional critican lo que llaman el mimetismo dogmático, la copia mecánica o el traslado de formulaciones propias de la práctica socialista de entonces, en particular de la Unión Soviética, y remarcan con fuerza la entrada de Cuba en el Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME) casi como un maleficio que conllevó a adoptar esas posiciones y a alejarnos de nuestros principios y tradiciones.

Desde mi perspectiva considero que, como había sido establecido en las bases del anteproyecto, era obligatorio estudiar el referente socialista europeo como antecedente lógico de la construcción del socialismo y asumir experiencias que no poseíamos, ni incluso nuestros juristas, como reconociera el propio Blas ROCA. Faltaba conocimiento de la aplicación práctica de la Teoría marxista-leninista del Estado y el Derecho, del propio constitucionalismo socialista y, por ende, era poco el juicio crítico que teníamos de estos temas, en particular, hasta dónde estaban permeados de prácticas ajenas a las nuestras y cuál era la esencia y razón de ser del socialismo. ¿Cuál era el otro camino si nos hallábamos prácticamente solos en el entorno latinoamericano, con la hostilidad de los Estados Unidos y únicamente la mano

solidaria de la URSS y los países del este europeo, y habíamos emprendido el rumbo socialista?

Siempre pueden existir alternativas y nada justifica cualquier error, pero es justo sostener que aun así se sometieron a análisis las experiencias ajenas, nuestras prácticas propias y lo foráneo que pudiera ser útil, conveniente y adaptable a nuestras condiciones concretas. Fue una preocupación constante mantener la originalidad propia de nuestro proceso revolucionario y nuestras tradiciones. Lo que no nos parece posible aceptar es que hubiéramos asumido una determinada postura por imposición o derivada de obligaciones nacidas de nuestra integración socialista. La Revolución siempre mantuvo una posición vertical en estos asuntos.

Otra situación es la que acontece cuando a mediados de la década del 80 del siglo pasado, al analizar situaciones internas que iban más allá de las constituciones, sino vinculadas a errores en la práctica política y la dirección de la economía, así como evaluando los problemas que salían a la luz en los países socialistas que finalmente llevaron a su destrucción, Fidel dio paso a un proceso que llamó de rectificación de errores y tendencias negativas.

Desde una visión más cercana en el tiempo Fidel, en su histórico discurso del 17 de noviembre de 2005, en esta misma Aula Magna reconoce: *“Una conclusión que he sacado al cabo de muchos años: entre los muchos errores que hemos cometido todos, el más importante error era creer que alguien sabía de socialismo, o que alguien sabía de cómo se construye el socialismo”*.

Ese proceso de caída del campo socialista, la entrada en lo que sería el Período Especial y los análisis del proceso de rectificación de errores constituyeron la antesala del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba, cuyos acuerdos generarían una importante reforma constitucional. En ese sentido el Congreso definió:

*“Atendiendo a las recomendaciones de esta Resolución para el perfeccionamiento de los órganos del Poder Popular, se*

*sugiere a la Asamblea Nacional del Poder Popular, continuar valorando las posibles modificaciones de la Constitución de la República encaminadas a materializar estos objetivos e igualmente, teniendo en cuenta los 15 años de vigencia, el Congreso recomienda que en los estudios que se están realizando se incluyan otros aspectos del texto constitucional, no relacionados con ese propósito, pero que puedan estar requeridos de actualización o de precisiones.*

*”Entre estos aspectos podría considerarse lo concerniente a los principios de nuestro sistema político y las formas de fortalecer o establecer una adecuada protección constitucional para dicho sistema.*

*”En este propósito es conveniente tomar como guía y fuente de inspiración la rica historia y tradición institucional y constitucionalista cubana, que tiene sus orígenes en las primeras luchas libertarias de nuestros mambises”.*

Luego de los trabajos correspondientes de un Grupo coordinado por la Asamblea Nacional del Poder Popular y los análisis en el Comité Central del Partido, fue sometido a examen el proyecto en sesión extraordinaria del Parlamento los días del 10 al 12 de julio de 1992.

Las primeras modificaciones estuvieron dirigidas a dar respuesta a las resoluciones del IV Congreso del Partido, en particular las relativas al sistema económico, el perfeccionamiento del Poder Popular y el fortalecimiento de la libertad religiosa.

En ese orden se elimina el monopolio del Estado sobre los medios de producción, señalando que ello entrañaba solo los “medios fundamentales”; y la posibilidad de revertir esa propiedad teniendo en cuenta los fines del desarrollo del país; se reconoce, además, como nueva forma de propiedad la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas.

Introdujo cambios sustanciales en el ejercicio democrático del poder de nuestro pueblo, al establecer la elección directa de los diputados y delegados a las asambleas provinciales del Poder Popular, hasta ese entonces electos por las asambleas

municipales; institucionalizó los consejos populares, como vía para fortalecer el papel de los delegados del Poder Popular y su interacción con el pueblo; la eliminación de los comités ejecutivos y con ello elevar el papel de las asambleas locales, hacia una mayor delimitación de la labor de control hacia la administración.

El Estado cubano adquirió un carácter no confesional, se amplió la libertad religiosa y fue prohibido expresamente la discriminación por motivos religiosos.

Fueron introducidos cambios relativos a la Defensa Nacional, al incorporar el papel de los consejos de Defensa y la situación excepcional del Estado de Emergencia, como mecanismo de defensa del orden constitucional ante catástrofes, desastres y otras circunstancias que afecten el orden interior, la seguridad del país o la estabilidad del Estado.

Asignó como obligación de los cubanos defender por todos los medios, incluido la lucha armada, cuando no fuere posible otra acción, al sistema político socialista establecido en la Constitución.

La última de las reformas correspondió al año 2002, en respuesta a los planteamientos injerencistas del entonces presidente de los Estados Unidos George W. BUSH, a instancia de las direcciones de las organizaciones de masas, la Asamblea Nacional del Poder Popular y luego de un proceso cuasi plebiscitario, avalado por la firma de más de ocho millones de cubanos, el 26 de junio de ese año se estableció como una cláusula de intangibilidad, la irrevocabilidad del socialismo y la voluntad de no volver jamás al capitalismo. En el artículo 11 se adicionó un párrafo en el que prohíbe negociar las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier Estado bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera, así como estableció cambios en el mecanismo de reforma.

Esta modificación vino a redoblar y blindar el carácter socialista de nuestro sistema y a imposibilitar, por vía

constitucional, su destrucción y retorno al capitalismo, sin impedir el perfeccionamiento del socialismo que construimos.

Estimados colegas:

Hasta aquí esta breve caracterización de la Constitución cubana de 1976, con sus dos reformas principales.

Han sido 40 años de vida constitucional con más luces que sombras. De virtudes e imperfecciones como toda obra humana y sobre todo esta, constituida en un proceso revolucionario como el nuestro.

Una Constitución que vino a encauzar jurídicamente los sueños libertarios de más de un siglo de lucha por la independencia, que afianzó el socialismo como sistema que ha conducido a un pueblo al logro de sus objetivos como nación y a sortear los desafíos que en estos años hemos enfrentado.

Pero las constituciones no son estatuas pétreas, inamovibles y de eterna reverencia. Una Constitución es hija de su tiempo, parafraseando a ORTEGA Y GASSET, es ella y sus circunstancias.

De tal modo que llegado el momento histórico en que realidad social y texto constitucional estén divorciados, corresponde encarar un proceso de reforma. Por la naturaleza de la Ley de Leyes, su origen, contenido y ámbito sobre el cual actúa, es imprescindible que sus normas no queden como simples palabras desvinculadas de la sociedad en la que han de regir.

Comparto la opinión del profesor Carlos DE CABO cuando señala: *“Hay que recordar no obstante aquella peculiaridad, (...) del Derecho Constitucional como Derecho de lo político, de su consistencia en la específica forma de vinculación de lo jurídico y lo político que se hace de manera particularmente intensa en la Reforma Constitucional, en la que lo político se manifiesta en la naturaleza del Poder que lo impulsa, en los órganos que intervienen en el procedimiento, así como en la decisión sobre la oportunidad y los contenidos y lo jurídico en su carácter de Fuente de Derecho y garantía constitucional. Y en ambos aspectos se manifiesta el máximo nivel político por*

*el quién interviene y sobre el qué se interviene y el máximo nivel jurídico por la función que desempeña en el ordenamiento jurídico en general y en el constitucional de mantenimiento y efectividad del principio de constitucionalidad o legalidad constitucional”.*

Como es conocido, el presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, compañero Raúl CASTRO RUZ, ha expresado públicamente la necesidad de reformar en su momento la actual Constitución de la República.

Los nuevos derroteros trazados a raíz de la aplicación de los Lineamientos de la Política Económica y Social aprobados en el VI Congreso del Partido, y los objetivos emanados de su I Conferencia Nacional, así como las decisiones que se adopten en el venidero congreso partidista, serán fuente de análisis para encarar esa futura reforma constitucional.

A ello se unen las experiencias derivadas de la implantación del nuevo modelo organizativo y funcional aplicado en las provincias de Artemisa y Mayabeque, en cuanto al funcionamiento de los órganos locales del Poder Popular.

No deben dejarse de analizar los años de práctica en nuestro país al amparo de nuestra vigente Carta Magna, el desarrollo del pensamiento constitucional, en particular del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

La reforma no se lleva a cabo por cambios de generación, ni por criterios doctrinales o académicos, sino cuando los umbrales y límites constitucionales son rebasados y no puedan ser resueltos por vía de la interpretación. No es un proceso al que hay que recurrir frecuentemente, pues la norma constitucional está requerida de una alta dosis de permanencia y estabilidad.

En un futuro habrá que pensar cómo fortalecemos los mecanismos jurídicos e institucionales que aseguren el cumplimiento de la Ley Fundamental y su supremacía; cómo convertirla en una herramienta permanente en el quehacer cotidiano de los órganos estatales y el pueblo en general; cómo perfeccionar la participación popular en la gestión estatal; cómo

alcanzar una mayor autonomía nuestros órganos locales del Poder Popular, en particular en los municipios, y una más eficaz interrelación con la ciudadanía en esa instancia.

Esos son algunos de los retos que nos están planteados, para hacer nuestro socialismo más participativo, inclusivo y democrático, en el que ocupe un lugar cimero, como instrumento de su defensa permanente, su Constitución.

Muchas gracias.

**Palabras pronunciadas por el Dr. Diego Fernando CAÑIZARES ABELEDO, Premio Nacional de Derecho Carlos Manuel de Céspedes 2015. Memorial José Martí, Plaza de la Revolución, 24 de febrero de 2016**

Compañeros:

Cúmpleme el honroso deber, en este acto de expresar mi profundo agradecimiento a la dirección superior de nuestra prestigiosa Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC) y a todos los juristas presentes y ausentes que la integran, por haberme conferido, a nuestro juicio en benevolente Acuerdo, y dispuesto, la concesión a mi persona, como jurista, de la más alta distinción honorífica que como tal, puede obtenerse en nuestro país.

La forma escrita, leída y breve en que lo hago, da la medida del elevado grado de emotividad que toda esta solidaridad humana de mis compañeros de profesión genera en mí.

El lugar de celebración del presente acto de tan connotada significación política por su ubicación e historia; el prestigio de la organización social que lo genera, preside y otorga en él, tan alta, la más alta! distinción a un jurista en nuestro país; y el excelso y sagrado nombre de la distinción que se nos ha otorgado –nombre que aprendí a venerar desde mi niñez– reafirman un compromiso con la Revolución de MARTÍ y de

Fidel, y con los estudios jurídicos que han constituido la finalidad de mis posibles esfuerzos intelectuales como abogado, profesor universitario y escritor de Derecho a la vez, es decir, como jurista integral.

Por primera vez, ante la distinción recibida me he visto en la difícil situación de tener que autoevaluarme objetivamente con total exención de toda modestia, cosa contraria en los galardonados, y más aún, de la vanidad intelectual, costumbre también detestable y muy común entre los que creen saberlo todo o saberlo todo de algo.

Considero como resultado de la referida autoevaluación que solo he sido producto del cumplimiento del deber revolucionario a mí encomendado en 1960 por la superior organización estudiantil, de ayudar a formar nuevas generaciones de juristas, y de la ayuda solidaria que en ello obtuve de muchos compañeros capaces en las ciencias jurídicas y, además, del estímulo constante recibido en todos mis esfuerzos, tanto de compañeros profesores como de alumnos, para lograr adecuados niveles de conocimiento jurídico y el dominio seguro del mismo, unido al desarrollo de mi cultura, en general.

Por tal razón, aquí están hoy los que me han hecho lograr esas exigibles finalidades en mi quehacer intelectual como jurista, compañeros de mis estudios universitarios durante la década del 50 del pasado siglo; compañeros de las luchas estudiantiles contra la tiranía, en las cuales como hombre joven de mi tiempo tuve el deber de participar como miembro activo de la Federación Estudiantil Universitaria (FEU); compañeros del proceso de ocupación universitaria de la Facultad de Derecho en julio de 1960 que generó la transformación docente y administrativa de la Universidad acorde con los principios históricos y sociales de la Revolución, lo cual hizo realidad las ideas de Julio Antonio MELLA al respecto y compañeros de las múltiples y disímiles tareas posteriores al triunfo revolucionario en función de la construcción de la nueva sociedad.

Aquí están compañeros del trabajo jurídico de años anteriores y actuales del Ministerio de Justicia donde trabajo actualmente, estudiantes de hoy y graduados de los últimos años que me han honrado con la lectura de mis primeras obras: *Teoría del Estado* y *Teoría del Derecho*, escritas hace ya más de cuarenta años para la docencia en la Facultad, así como de la más reciente, *Derecho Comercial*, editada hace dos años y hasta la referida al *Derecho Laboral* puesta a la venta en estos días, cuya favorable aceptación hace que nos sintamos recompensados espiritualmente en esos esfuerzos.

Por ello, la presencia de ustedes en este nuevo reconocimiento estimulante de mi quehacer profesional e intelectual que me convence de que solo represento un resultado, efecto de toda esa conjunción humana activa, generosa y formadora de mi desarrollo intelectual en el campo del Derecho, por lo cual a todos los tengo que sentir parte, porque lo son por derecho propio y por siempre, en esta distinción recibida como fuerza activa comprometedora de mi conducta personal y social, hasta el último día de mi vida. Eso, téngalo por seguro.

Vayan, pues, mis gracias emocionadas a todos los presentes en este acto y a los demás compañeros, que por razones de distancia, trabajo y salud no han podido estar aquí como hubieran deseado. Sabemos que donde se encuentren verán con espontáneas muestras de alegría la entrega al “viejo profesor” de tan honrosa distinción referida.

Un abrazo emocionado y fraternal a todos, y gracias de todo corazón.

# Premios de las sociedades científicas 2015

## **PREMIO IGNACIO AGRAMONTE**

Con el propósito de contribuir al desarrollo de la literatura científica, propiciar el conocimiento del Derecho, coadyuvar a la superación profesional de los juristas y generar la producción de materiales de elevada calidad en el campo del Derecho con vistas a las publicaciones jurídicas, la Unión Nacional de Juristas de Cuba otorga el Premio Ignacio Agramonte, anualmente, en ocasión del 8 de junio, “Día del Trabajador Jurídico”.

El jurado estuvo presidido por:

Dra. Olga Lidia PÉREZ DÍAZ

El jurado acordó entregar los premios siguientes:

## **TEMA: DERECHO NOTARIAL**

### **Premio al trabajo científico**

Título del trabajo: “Estudios sobre la legítima asistencial”

Autor: Dr. Leonardo Bernardino PÉREZ GALLARDO

Capítulo: La Habana

### **Premio al artículo**

(Desierto)

## **PREMIO MIGUEL D'ESTÉFANO PISSANI**

### **Premio al trabajo científico**

Título del trabajo: “El *sui generis* caso de las cláusulas paraguas en el arbitraje de inversiones”

Autora: Lic. Liris Solanch ÁVILA DE LA CRUZ

Capítulo: Holguín

### **Premio al artículo**

Título del trabajo: “Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones”

Autor: Lic. Idelfonso CASTAÑO MEDINA

Capítulo: Holguín

### **Menciones compartidas**

Título del trabajo: “Principios jurídicos en el proceso de la conformación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña”

Autora: Liliana Yamilé DE LA ROSA AGUILAR

Capítulo: Holguín

Título del trabajo: “La base naval de Guantánamo, una injerencia en la soberanía de Cuba. Su implicación en el ámbito de los derechos humanos”

Autoras: Lic. Lucy MARTÍNEZ LAZO y Lic. Giselle MORFFI CRUZ

Capítulo: Camagüey

Título del trabajo: “Análisis de la política nacional de los Estados Unidos en materia del espacio ultraterrestre”

Autor: Lic. Víctor Manuel GONZÁLEZ NÚÑEZ

Capítulo: Villa Clara

## **RESULTADO DE LOS CONCURSOS DE LAS SOCIEDADES CIENTÍFICAS**

### **1. SOCIEDAD CUBANA DE DERECHO AGRARIO**

#### **Premio al trabajo científico (compartido)**

Título del trabajo: “Solución alternativa de conflictos en materia agraria. Análisis en la coyuntura actual cubana”

Autora: MSc. Mayra CRUZ LEGÓN

Capítulo: La Habana

Título del trabajo: “El objeto y las fuentes del Derecho Agrario cubano contemporáneo”

Autora: MSc. Arlietys NÚÑEZ RODRÍGUEZ

Capítulo: Ciego de Ávila

#### **Premio al artículo científico**

Título del trabajo: "Interdependencia del Derecho Agrario y el desarrollo rural sostenible"

Autora: Dra. Miriam VELAZCO MUGARRA

Capítulo: La Habana

## **2. SOCIEDAD CUBANA DE DERECHO INTERNACIONAL**

### **Mención al trabajo científico**

Título del trabajo: “Insuficiencia del tráfico ilegal migratorio en la norma penal cubana. Una mirada de su comportamiento en la relación Cuba - Estados Unidos”

Autor: Lic. José BELLO CORDOVÍ

Capítulo: Las Tunas

### **Premio al artículo**

Título del trabajo: “El contrato de compraventa internacional de mercaderías dentro del nuevo esquema integracionista o de concertación visto desde las nuevas relaciones diplomáticas Cuba-Estados Unidos”

Autores: Lic. Leonor de los Dolores ESTRADA JIMÉNEZ  
y Lic. Ángel Antonio BLANCO FONSECA

Capítulo: Granma

### **Mención al artículo (compartida)**

Título del trabajo: “El fenómeno de las normas blandas y su impacto en el desarrollo contemporáneo del Derecho Internacional”

Autoras: Lic. Tania Beatriz VALDÉS VEGA  
y Lic. Anilcie ARLEN ALEO

Capítulo: Cienfuegos

Título del trabajo: “La relevancia de la sistemática del artículo 38 de la CIJ en la ordenación de las fuentes del Derecho y del enfoque a la circularidad para la solución de controversias”

Autor: MSc. Carlos Justo BRUZÓN VILTRES

Capítulo: Granma

Título del trabajo: “Elogio a la memoria del Dr. Miguel D’Estéfano Pissani”

Autor: MSc. Pablo PRENDES LIMA

Capítulo: Ciego de Ávila

Título del trabajo: “El conflicto chipriota”

Autor: Lic. Vicente MACIÑEIRA

Capítulo: La Habana

### **3. SOCIEDAD CUBANA DE DERECHO NOTARIAL**

#### **Premio al trabajo científico**

Título del trabajo: “La función notarial y mediación: una alternativa a la solución de conflictos civiles y familiares en Cuba”

Autora: Lic. Blanca E. CRESPO GUERRA

Capítulo: Santiago de Cuba

#### **Mención al artículo (compartida)**

Título del trabajo: “La designación de tutor en testamento u otro acto jurídico”

Autora: MSc. Vivian de la Caridad VARONA SANTIAGO

Capítulo: Cienfuegos

Título del trabajo: "Tutela testamentaria. Su regulación en el Código de Familia cubano"

Autora: Lic. Yudyth Meli HARDY LA O

Capítulo: Guantánamo

#### **4. SOCIEDAD CUBANA DE DERECHO PROCESAL**

##### **Premio al trabajo científico**

Título del trabajo: "Pruebas personales: entre la tradición y los retos de los nuevos tiempos"

Autora: Dra. María Elvira BATISTA OJEDA

Capítulo: Santiago de Cuba

##### **Mención al trabajo científico**

Título del trabajo: "La implementación de la oralidad en la fase probatoria del proceso civil cubano"

Autores: MSc. Juana Gudelia DÍAZ RODRÍGUEZ  
y MSc. Fidel Raúl JIMÉNEZ GUZMÁN

Capítulo: Cienfuegos

##### **Premio al artículo científico**

Título del trabajo: "Utilidad del sobreseimiento condicionado en la legislación penal cubana, como medio alternativo a la solución de conflictos"

Autor: MSc. Ubelexis RONDÓN CANTERO

Capítulo: Cienfuegos

### **Premio al trabajo de diploma**

Título del trabajo: "La impugnación del documento prueba como ejercicio del derecho a la defensa en el proceso civil"

Autores: Lic. María Karla GÓMEZ NÚÑEZ  
y Lic. Luis Alberto HIERRO SÁNCHEZ

Tutora: Dra. Ivonne PÉREZ GUTIÉRREZ

Capítulo: La Habana

### **Mención al comentario de sentencia**

Título del trabajo: "El principio de igualdad y contradicción. Visualización de estos principios en la praxis del proceso laboral, sentencia No. 133 de 2011 del Tribunal Municipal de Bayamo"

Autores: Lic. Jorge VALDÉS RONDÓN  
y Lic. Jorge Manuel MARTÍNEZ CUMBRERA

Capítulo: Granma

## **EMULACIÓN 2015 DE LA UNIÓN NACIONAL DE JURISTAS DE CUBA**

### **Colectiva**

**Provincias sedes del Acto Nacional de la UNJC por el 8 de junio:**

Granma y Holguín

**Provincias más destacadas:**

Camagüey  
Granma  
Holguín  
Santiago de Cuba  
Villa Clara  
Cienfuegos

**Provincias destacadas:**

Guantánamo  
Pinar del Río  
La Habana  
Artemisa

**Provincias cumplidoras:**

Mayabeque  
Las Tunas

**Individual**

**JURISTAS MÁS DESTACADOS/AS A NIVEL NACIONAL EN LAS ACTIVIDADES DE LA UNJC EN EL AÑO 2015**

Por su contribución decisiva al funcionamiento de la Organización a nivel provincial y de base, y destacarse en las acciones dirigidas a la superación profesional que se han desarrollado en el año.

- 1. MSc. Jorge Luis DELGADO ASTORQUIZA. Secretario de la JDP de Cienfuegos.** Miembro del Consejo Provincial de la UNJC. Presidente del Capítulo de la Sociedad de Derecho e Informática.
- 2. MSc. Carlos Justo BRUZÓN VILTRES. Presidente del Capítulo de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.** Vicerrector de la Universidad de Granma y Profesor Auxiliar del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma.
- 3. Dra. Marily Rafaela FUENTES ÁGUILA. Jueza del Tribunal Supremo Popular.** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Miembro de la Directiva Nacional de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales y Criminológicas.

Durante el año 2015 estos/as juristas se destacan por su contribución decisiva al funcionamiento de la Organización a nivel provincial y de base; así como por las múltiples acciones que han desplegado dirigidas a la superación profesional de los juristas en el territorio, particularmente en las actividades de los capítulos provinciales de las sociedades científicas.

## **PREMIO AL JURISTA JOVEN 2015 JOSÉ GARCERÁN DE VALL VERA**

MSc. Carlos Justo BRUZÓN VILTRES

Provincia: Granma

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oriente (Título de Oro), Santiago de Cuba, julio de 2006. Máster en Derecho Internacional Público por la Universidad de La Habana, junio de 2009. Aspirante a Doctor en Ciencias Jurídicas, con aval sobre tema de aspirantura del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de la República de Cuba. Tiene un Diplomado en Derecho Internacional de Refugiados, abril de 2009, y un Diplomado en Administración Pública, junio de 2013.

Es vicerrector de la Universidad de Granma, para las Investigaciones, Posgrado y Relaciones Internacionales, y Profesor Auxiliar del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la citada Universidad.

Entre sus responsabilidades académicas e institucionales se encuentran: Miembro Asociado Joven de la Academia de Ciencias de Cuba para el ejercicio académico 2012-2018; miembro del Consejo Científico de la Universidad de Granma, desde el curso académico 2010-2011; miembro del Consejo Provincial de las Ciencias Sociales y Humanísticas en Granma, 2012-2015; miembro de la Comisión de Cultura Científica y Enseñanza de la Ciencia, de la Sección de Ciencias Sociales y Humanísticas, ACC; secretario del Capítulo de Derecho Internacional de la Unión Nacional de

Juristas de Cuba en Granma, 2011-2015; presidente del Capítulo de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, Granma, desde marzo de 2014; miembro de la Sección Nacional Cuba del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, desde el 29 de octubre de 2015, y Miembro Titular de la Unidad de Coordinación del Convenio de Cooperación Institucional Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC)-Universidad de Granma, desde diciembre de 2015.

Ha impartido más de veinticinco cursos de posgrado en temas relacionados con el Derecho Internacional Público, elementos teóricos de la relación jurídica y los derechos subjetivos; Sistema político cubano, Estado, Derecho y desarrollo local en Cuba; Activismo judicial. Teoría y práctica; Nuevo Derecho y retos de la Constitución formal en el siglo XXI, entre otros.

Cuenta con 12 publicaciones en libros, 47 artículos en bases de datos reconocidas por el MES y cinco monografías.

Desarrolla líneas de investigación vinculadas a los temas: Sistema de fuentes del ordenamiento jurídico; Derecho Internacional Público: procesos de integración regional; Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Ambiental Internacional; Derecho Constitucional: constitucionalismo histórico, derechos humanos y garantías, procesos constituyentes, mecanismos de defensa constitucional; Desarrollo local, participación popular y autogobierno; Fundamentos teóricos del Estado y del Derecho, y la Enseñanza del Derecho.

Ha participado en disímiles eventos científicos y ha sido tutor, oponente y tribunal en varios trabajos de diploma y de maestrías.

También ha obtenido premios en los concursos nacionales y provinciales de las sociedades científicas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. En marzo de 2015 recibió el Premio Nacional Anual para Jóvenes Investigadores 2014, categoría Ciencias Sociales, Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente de la República de Cuba.

En 2015 obtuvo reconocimientos especiales por la participación como profesor del Diplomado de Administración Pública para cuadros y reservas del Gobierno, y por haber contribuido como miembro del Consejo de las Ciencias Sociales y Humanísticas a impulsar las investigaciones y la introducción de resultados para el desarrollo de la provincia Granma. CITMA-Granma.

Otros méritos y responsabilidades:

- Profesor de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, edición Granma, 2013-2015.
- Miembro del Comité Científico del II Congreso Mundial de Justicia Constitucional, Buenos Aires, Argentina, en agosto de 2015.
- Árbitro de la *Revista Vía Juris*, de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Fundación Universitaria Los Libertadores, Colombia, 2015.
- Árbitro de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, 2015.

# Notijurídicas

## **XV JORNADA INTERNACIONAL DE DERECHO DE CONTRATOS, hotel Habana Libre, La Habana, enero 20 al 22 de 2016**

La XV Jornada Internacional de Derecho de Contratos abrió sus puertas el 20 de enero en la prestigiosa Aula Magna de la Universidad de La Habana con las ya acostumbradas palabras de bienvenida del profesor Dr. Leonardo B. PÉREZ GALLARDO. El Presidente del Comité Organizador subió el telón imaginario presentando el novedoso tema: “Contratos, ciencia, tecnología y protección a la intimidad”, materia que convoca a la reflexión sobre los dilemas éticos y jurídicos de los avances tecnológicos, concluyendo, *ab initio*, que la era tecnológica más allá de ofrecer una vida más dúctil y rápida, nos sitúa frente a un sinnúmero de retos e incógnitas a las cuales ha de hacer frente la ciencia jurídica actual.

Seguidamente, el Dr. Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, profesor invitado de la presente edición, ofreció sus consideraciones sobre el tema central de la jornada desde el Derecho chileno en magnífica conferencia magistral. En el propio acto de apertura, se otorgó a tan distinguido visitante la condición de Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Las sesiones de trabajo tuvieron lugar en el Salón de los Embajadores del hotel Habana Libre contando con la presencia de más de trescientos delegados, procedentes de varias latitudes. De inicio puede catalogarse de una jornada exitosa, habiéndose dictado 10 conferencias, disertado 22 ponencias y presentado dos paneles, que pusieron de manifiesto la seriedad y el alto valor científico de las intervenciones.

La primera sesión de trabajo dio inicio con la temática de la contratación vinculada con la propiedad industrial, con énfasis en los desafíos actuales para Cuba. Sobre este particular se distinguió entre la sociedad del conocimiento y la sociedad de la información, y se aportaron valiosas conclusiones en torno a la importancia del contrato para el crecimiento económico y el desarrollo social.

Una interesante lucha de contrarios tuvo lugar en ocasión de valorar el acceso a recursos genéticos y el papel que desempeña el contrato y la tecnología en este sentido. Por otra parte, se abordaron los contratos de codesarrollo en el sector de la biotecnología, con acento en la experiencia práctica y en la complejidad de sus tipologías. También fueron analizados los contratos de transferencia de tecnología como activo empresarial y las vías de comercialización de estos.

En esa propia sesión se expusieron valoraciones sobre los contratos de franquicia y los contratos de obras por encargo. Interesantes resultaron las ideas sobre los medios de pago electrónicos en Cuba y sus desafíos de cara al ordenamiento contractual, y el novedoso tema del *Home banking* y los medios de pago a él asociados, que fue expuesto desde la experiencia foránea en el marco de la Unión Europea.

El profesor Rómulo MORALES HERVIAS, a quien también se le entregó la condición de Miembro de Honor de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, expuso sobre la celebración de acuerdos contractuales mediante comunicaciones electrónicas, con importantes reflexiones sobre el tema.

La innovación tecnológica y la creación científica tuvieron espacio en estas jornadas, analizándose sus enlaces con la materia contractual y los sistemas de programas y proyectos de ciencia e innovación tecnológica. Con una visión desde el Viejo Continente, se logró el acercamiento al tema de la protección de datos personales en el nuevo contexto tecnológico, con especial énfasis en los contratos de

la sociedad de la información y el denominado derecho al olvido. Fueron abordados también los tópicos relativos a la firma electrónica, el régimen jurídico del *leasing* informático, el contrato de permuta en la red, el contrato de publicidad y los contratos de suministro de energía eléctrica y gas, todo ello desde los nuevos derroteros que impone el desarrollo de la sociedad de la información y la necesidad de preservar el equilibrio contractual en esta sede.

La última sesión de trabajo estuvo especialmente dedicada a los servicios que se prestan en la web y concretamente a las redes sociales, con énfasis en los aspectos contractuales de su utilización por los cibernavegadores. Se identificaron los retos que esta realidad impone para la protección de la privacidad, desafíos que se concretan en la publicidad comercial, la responsabilidad civil de los prestadores de servicios en la web, la protección de datos y la tecnología de la información, aspectos que también fueron analizados en clave de derechos de la infancia.

La XV edición de la Jornada Internacional de Derecho de Contratos posibilitó una vez más el intercambio científico en torno a la apasionante materia contractual. Las palabras de clausura del presidente del Comité Organizador, el profesor PÉREZ GALLARDO, hicieron un recuento de anteriores ediciones del evento que ya llega a sus 15 años de existencia. El cierre estuvo dedicado a reconocer los resultados que en el orden científico y académico han tenido las jornadas y agradecer especialmente a quienes han contribuido a su realización.

## **X ENCUENTRO INTERNACIONAL DE ABOGADOS LABORALISTAS Y DEL MOVIMIENTO SINDICAL, hotel Habana Libre, La Habana, marzo 2 al 4 de 2016**

Durante los días 2 al 4 de marzo de 2016 se celebró en el hotel Habana Libre en La Habana, Cuba, el X Encuentro Internacional de abogados laboristas y del movimiento sindical, con la participación de poco más de cuatrocientos delegados y

delegadas, de 19 países. Este evento, que se realiza con carácter anual, es convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y Seguridad Social de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas, la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y la Asociación Americana de Juristas, con el coauspicio del Gremio Nacional de Abogados de los Estados Unidos y de la Asociación Brasileña de Abogados Laboralistas.

Entre las personalidades presentes estuvieron Hugo MANSUETI, presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Dean HUBBARD, presidente de la Sección de lo Laboral del National Lawyers Guild, de Estados Unidos, así como Natasha BANNAN, presidenta de esta organización; Hugo CAVALCANTI, presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo; Luis RAMÍREZ, presidente de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas; Silvia BUSMEISTER, presidenta de la Asociación Brasileña de Abogados Laboralistas; Teodosio PALOMINO, presidente de la Filial Perú, de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Doctor *Honoris causa* de varias universidades latinoamericanas. El evento estuvo dedicado *post mortem* a Jesús CAMPOS LINAS, de México, destacado laboralista mexicano, incansable defensor de los derechos laborales y sociales, y a Héctor SUÁREZ GRANDA, de Cuba, fundador de la Sociedad Cubana de Derecho Laboral y formador de varias generaciones de laboralistas cubanos. Durante el acto inaugural, presidido por los presidentes de las organizaciones convocantes, el Presidente de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y representantes del Ministerio de Justicia, de la Central de Trabajadores de Cuba y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se ofreció la conferencia “Los retos del Derecho del Trabajo en los nuevos escenarios”, por parte de Luis Carlos MORO, de Brasil, expresidente de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas y profesor universitario. Igualmente, durante la apertura se realizaron

reconocimientos especiales por la obra de la vida y por su aporte al Derecho del Trabajo y la Seguridad Social a los doctores Roberto Carlos POMPA, de Argentina; Luis Carlos MORO y Luiz SALVADOR, de Brasil; Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA, de República Dominicana, y Alfredo CABRERA, de Cuba. A estos fueron dedicadas diferentes sesiones del encuentro, como le fue dedicada una sesión a Margarida BARRETO, de Brasil.

Se organizaron varias mesas de trabajo y paneles, así como conferencias centrales, y se presentaron 73 ponencias. De modo particular sesionó una mesa sindical latinoamericana y una mesa de jueces del trabajo. Sesionó también, de modo colateral al encuentro, la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas.

De los amplios debates realizados se arribó a consideraciones importantes que abordaron el presente del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y que permitieron trazar ideas de cómo, desde la óptica de los participantes, se han de afrontar los nuevos retos que los nuevos escenarios imponen a esta disciplina jurídica; se resaltan de estos debates ideas variadas que para esta publicación se resumen, entre otras, en:

Se expuso, en diferentes momentos, el impacto negativo del neoliberalismo para el Derecho del Trabajo. Con relación a lo anterior se argumentó que hoy se quiere para algunos un Derecho del Trabajo con menos principios y derechos, un Derecho del Trabajo para la inversión extranjera; se quiere un Derecho del Trabajo sin equilibrio entre el empleador y el trabajador, con la balanza inclinada hacia el primero. Esta realidad debería llevarnos a reflexionar sobre el mundo en el cual estamos y hacia dónde vamos. La respuesta debe ser colectiva, de los actores sociales en conjunto, pero principalmente de los Estados y de las políticas que adopten.

En la mayoría de nuestros países está vigente un modelo de relaciones laborales que cosifica el trabajo humano, el que es considerado una mercancía más, sujeta a las leyes del

mercado, con ello está en juego el derecho a la vida, que es el primer derecho humano. La identificación de los derechos laborales como derechos humanos, con igual jerarquía que los derechos civiles y políticos, tiene un valor estratégico incalculable. Se aboga porque juntos trabajemos desde nuestros países por la eliminación de la discriminación de género en el trabajo y de toda forma de opresión. Se explicó el funcionamiento del sindicato a partir de los procesos de cambio que se han llevado a cabo en nuestro continente.

Se expusieron las particularidades del Derecho del Trabajo en Cuba, a partir de la naturaleza de su sistema social.

Se denunció con relación al trabajo doméstico que realizan las amas de casa, el que muchas veces queda en el anonimato, y lo doloroso que resulta cuando esas mujeres llegan a la vejez y no tienen un respaldo económico. Se profundizó en las implicaciones de la globalización neoliberal y el impacto de las multinacionales para el trabajador. Se abordaron formas de discriminación en los procesos de acoso laboral y sexual.

Se sugiere que los convenios internacionales deben utilizarse más por los abogados de los trabajadores para que estos influyan en las decisiones que se adopten y creen precedentes judiciales, al ser considerados como fuentes de derecho. Se comenta la situación delicada de la mujer embarazada en América Latina. De modo contrario se conoció de la real protección de la mujer trabajadora en Cuba.

Se argumentó que la discrecionalidad del juez es fundamental, sobre todo para la aplicación del principio protectorio del Derecho del Trabajo. Unido a ello hacen falta jueces y abogados especializados en Derecho del Trabajo.

En muchos países, el Derecho del Trabajo se considera un Derecho de segunda, obviando su importancia y su impacto para la economía y el desarrollo social, y, por ello, hay que

fortalecer la Academia, hay que luchar por los principios del Derecho del Trabajo, que es esencialmente protector; es trascendental fortalecer la Cátedra y esta tiene que estar en la lucha revolucionaria. Es imprescindible fortalecerse ideológicamente en valores. El operador del Derecho del Trabajo tiene que tener un alto nivel moral, ético, comprometimiento con la izquierda.

Hoy hay una nueva edad del Derecho del Trabajo. Hoy tenemos que revisar el alcance del Derecho del Trabajo, en las nuevas condiciones económicas y sociales, donde existen trabajadores que no están subordinados, pero trabajan, aportan económicamente y no siempre están reconocidos por el sistema y el Derecho, por lo tanto, hay que reflexionar en este sentido.

En la sesión de clausura del encuentro fueron presentadas varias declaraciones de las organizaciones participantes, una de ellas estuvo relacionada con la exigencia por la liberación del patriota puertorriqueño Oscar LÓPEZ RIVERA, quien se resistió al colonialismo y defendió el derecho a la independencia de Puerto Rico, y ha permanecido por 34 años encarcelado, sujeto a condiciones crueles e inhumanas. Otra declaración manifestó la preocupación de la comunidad jurídica laboral por la actitud reaccionaria de la más alta Corte Laboral de Brasil, cuyo Presidente, en su discurso de toma de posesión y en declaraciones a la prensa brasileña, defiende profundas reformas en el orden laboral del país, que representarán un grave retroceso para los derechos de los trabajadores de ese país. Una tercera declaración llama la atención por la forma con que los medios de comunicación, la Fiscalía (el Ministerio Público Federal) y el Poder Judicial brasileños trataron al expresidente de la República Luiz Inácio LULA DA SILVA.

Al final de la sesión de clausura, que estuvo presidida por las autoridades descritas en la referencia de la sesión de apertura, se produjo una intervención especial del presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Dr. Hugo MANSUETI, acompañado de

otras personalidades de esa organización y en la cual se dio lectura al acuerdo de la Asociación de otorgar la Orden Labor *Omnia Vincit* a los laboristas cubanos Guillermo FERRIOL MOLINA y Arístides HERNÁNDEZ MORALES, y la Orden Justicia Social a los también laboristas cubanos Lidia GUEVARA RAMÍREZ, Francisco GUILLÉN LANDRIÁN y José Julio CARBONELL GARCÍA.

Antes de culminar la sesión, los presidentes de las asociaciones convocantes y todos los participantes, por aclamación, acordaron realizar en el mes de marzo de 2017 el XI Encuentro Internacional de abogados laboristas y del movimiento sindical.

## **VI CONFERENCIA INTERNACIONAL “MUJER, GÉNERO Y DERECHO”, hotel Habana Libre, La Habana, mayo 11 al 13 de 2016**

Tres intensas jornadas caracterizaron el desarrollo de la VI Conferencia Internacional “Mujer, género y Derecho”.

Con la participación de 280 delegados y delegadas se presentaron cinco conferencias magistrales y 77 ponencias distribuidas en 21 paneles. El encuentro, una vez más, se convirtió en espacio de profundas reflexiones marcadas por una gran profesionalidad.

El evento estuvo precedido por un enriquecedor taller sobre matrimonio igualitario, bajo la coordinación del proyecto INTERMUJERES de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, el Centro Nacional de Educación Sexual y el Proyecto “Género y Derecho” de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

Las ponencias presentadas en la VI Conferencia nos ilustraron la realidad latinoamericana actual sobre sensibles y polémicas temáticas, así como los resultados y desafíos que se nos presentan en la lucha por lograr la equidad de género en el ámbito laboral, ofreciéndose espacios laborales libres

de todo tipo de agresión física o psicológica; así como los retos para alcanzar una mayor presencia femenina en el acceso a cargos de dirección.

El género como causal de discriminación y la protección de los derechos sexuales en el ordenamiento jurídico cubano, fueron también puntos neurálgicos tratados con especial atención.

Se nos presenta hoy el reto de educar, la necesidad de trazar fuertes estrategias educacionales que contribuyan a la mirada de género en las nuevas generaciones. Por eso la presencia de un taller de estudiantes comienza a hacerse habitual e imprescindible en nuestros congresos. La experiencia comunitaria con universitarios espirituanos, el trabajo realizado en la Isla de la Juventud, así como la estrategia curricular en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, nos permitieron tener una noción práctica y renovada acerca de cómo se refleja hoy esta máxima en Cuba.

Distintas variables guiaron el trabajo intelectual de nuestros participantes. La feminización de la pobreza, el apoderamiento económico y el desarrollo, son ejemplos de las mismas. La necesidad de proteger a las mujeres como grupo vulnerable en nuestras sociedades y la transversalización de género en proyectos de cooperación para el desarrollo sostenible, se convirtieron en asidero de importantes diálogos que permiten analizar estos fenómenos con nuevas miradas.

De igual forma tuvieron lugar vitales acercamientos al Derecho económico y a la realidad que aborda el emprendimiento femenino en Cuba. Los desafíos que se presentan en momentos de cambios en el sistema económico cubano, han de ir de la mano de una protección jurídica consecuente y abarcadora.

Se expresó de manera magistral y profunda los ocultos y verdaderos hilos que mueven el dominio terrorista imperial y

que impiden el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, así como el impacto de las recomendaciones del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer a fin de conseguir de forma inequívoca el cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El liderazgo de las mujeres y la visión de su papel en Cuba, es hoy un logro del trabajo realizado desde los primeros años de la Revolución. Así, la experiencia de la labor desempeñada en el sistema de justicia cubano fue compartida con los y las participantes de este evento.

La segunda jornada se trabajó de manera conjunta con la UPEC en un espacio común entre nuestro evento y el evento “Género y comunicación”. Allí se ofrecieron acertadas rutas para la realización de audiovisuales y otros medios informativos. Igualmente conocimos nuevas estrategias en el activismo social para la lucha contra la violencia hacia las mujeres y las niñas, esta vez desde el estudio de las masculinidades.

Especial atención se le prestó a la violencia de género. Conferencias y paneles dedicados a sus manifestaciones desde la mirada del Derecho de Familia, en el seno de parejas jóvenes, la prevención de la violencia contra las mujeres en ámbitos locales, así como el acceso a la justicia ante estos casos, trajo como consecuencia atinados debates y posturas combativas.

Una alerta fue lanzada por las y los profesionales participantes acerca de este mal que afecta a tantas y tantos. La postura que asume el Derecho Penal, nos convoca a mirar desde un enfoque de género que aún no es suficiente.

Distintas fueron las instituciones del Derecho que nuclearon los trabajos de varios de nuestros participantes. El cuidado, la mediación, el envejecimiento, la comaternidad, las familias ensambladas, la patria potestad y las familias homoafectivas,

ilustran hoy cuánto se ha trabajado en nuestra región y cuánto queda por hacer si de género se trata.

A 20 años de la Conferencia de Beijing, son muchos los retos que presenta el Derecho Internacional Público en materia de género. La mujer dentro de conflictos bélicos, la violación a sus derechos y la situación de las niñas en el mundo de hoy, nos permiten ver que la deuda no está saldada aunque mucho se ha trabajado.

Tan diversa como la naturaleza del ser humano en sí, culminamos esta Conferencia que ha aunado criterios y esfuerzos, que significa un paso más en el camino de actuar desde y para el género. Tomamos del Derecho y debemos transformarlo. El trabajo continúa en cada uno de nuestros países, convocamos a compartir experiencias enriquecedoras en la VII Conferencia que se celebrará en 2018. Muy productivas fueron estas jornadas de trabajo interdisciplinario en pos de una cultura de igualdad y derechos en todas y cada una de sus manifestaciones.

## **XII JORNADA INTERNACIONAL DE LA SOCIEDAD DEL NOTARIADO CUBANO, hotel Habana Libre, La Habana, mayo 26 y 27 de 2016**

Nuevamente sesionó en La Habana la doceava edición de la Jornada Internacional de la Sociedad Científica del Notariado Cubano adscrita a la Unión Nacional de Juristas de Cuba, en la que se dieron cita, junto a los notarios cubanos, fedatarios de otros países como España, Uruguay, Colombia, México, Perú, Panamá, y del estado de la Florida, Estados Unidos, los cuales transitaron por el camino del saber notarial durante dos días.

El marco de este evento fue una excelente oportunidad para resaltar la creciente importancia de la función notarial en el mundo contemporáneo y en especial en Cuba, así como su indudable contribución a la paz social como pilar esencial para el logro de la seguridad jurídica preventiva.

La actividad notarial en Cuba se incrementa, recorre un amplio espectro de la vida social y económica del país, y adquiere cada vez mayor trascendencia. Desde 1985, con la entrada en vigor de la Ley No. 50 “De las Notarías Estatales” y su Reglamento, se ampliaron las competencias del notario al conocimiento y resolución de actos de jurisdicción voluntaria, como los procesos sucesorios de declaratoria de herederos, de información a perpetua memoria, de administración de bienes de ausentes, además de las tradicionales como la formalización de testamentos, de matrimonios, de todo tipo de contratos, incluida otra variedad de actas notariales. En 1994 adquirió facultades para la autorización de divorcios por mutuo acuerdo; y a partir del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en su Primera Conferencia Nacional, con la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, esta función se ha fortalecido al disponerse la intervención notarial en otros actos como:

- La constitución, modificación estatutaria, disolución, liquidación y extinción de las Cooperativas No Agropecuarias, estableciéndose como requisito esencial para su validez que la constitución de estas se formalice en escritura pública.
- La constitución de empresas mixtas y de sociedades anónimas de capital totalmente cubano.
- Los contratos de asociación económica internacional.
- Los contratos de compraventa, de donación, de bienes muebles e inmuebles, la hipoteca de solares yermos y viviendas ubicadas en zonas de veraneo de propiedad personal para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones con las instituciones bancarias.
- Contratos de permutas de viviendas de propiedad personal, vinculadas y medios básicos.

Por su parte, normas posteriores como la Resolución No. 857, de 31 de agosto de 2015, “Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos”, del Ministro de Salud Pública, prevén en su articulado la intervención del notario a fin de instrumentar, en escritura pública, la declaración de voluntad de las personas que, con un fin altruista, deciden dar o disponer a favor de otra, de sus órganos y/o tejidos, acto jurídico dispositivo, constitutivo y solemne, o su revocación antes de la intervención quirúrgica.

Las resoluciones No. 570/2012 y No. 60/2016 de los ministros de Economía y Planificación, y de Comercio Interior, aprobaron y pusieron en vigor los procedimientos “Para la licitación de los bienes de un establecimiento estatal para su gestión por las cooperativas no agropecuarias” y “Para el arrendamiento de establecimientos comerciales de la gastronomía y los servicios a trabajadores por cuenta propia”, respectivamente, en las cuales se prevé la *intervención notarial* al momento de la apertura de los sobres sellados con las ofertas de dichas cooperativas o de los trabajadores por cuenta propia interesados, *dejando constancia del acto en documento público, que no es otro que un acta de presencia de control y percepción.*

Toda esta actividad demuestra el papel del Derecho Notarial en general y del notario en particular, en la actualización del modelo económico y social cubano en pos de una sociedad próspera y sostenible, que mantiene las conquistas sociales alcanzadas a partir del triunfo revolucionario en 1959, e incólumes los principios de soberanía y de autodeterminación nacional; haciéndose imprescindible la elevación continua de la calidad de los servicios notariales, así como la correspondencia entre la preparación y el desempeño ético-profesional del gremio notarial cubano.

La función fedante del notario confiere autenticidad a los actos y negocios jurídicos que redacta, sin vicios ni irregularidades, invistiéndolos de fuerza probatoria y ejecutiva; extendiendo su función preventiva a todas las

actividades jurídicas no contenciosas, contribuyendo así a la paz social y a la prevención de litigios.

El uso de nuevas tecnologías, la colaboración con el Estado en materia fiscal y en la prevención de modernos tipos de fraude, como el lavado de activos y otros delitos, entre ellos, el financiamiento al terrorismo, son nuevas actitudes que se suman a las ya expuestas y demuestran la capacidad del notariado de adaptarse a los nuevos tiempos con celeridad y eficacia.

Fueron dos los ejes temáticos del cónclave: el primero, referido a la aplicabilidad y utilidad práctica de las actas de notoriedad, que las ubican en la cima en sede de actas notariales por considerarse dentro de aquellas en las que el notario ofrece una calificación jurídica, extendiéndose su uso hasta el complemento de títulos dominicos para su inscripción en los registros públicos; y el segundo se circunscribió al rol del notario en la constitución de personas jurídicas no estatales, relevantes actores del entramado económico nacional como alternativa a la globalización y a la crisis económico-financiera mundial, precedidos por conferencias magistrales impartidas por profesionales nacionales en materia de inversión extranjera en Cuba y de la hermana República Oriental de Uruguay.

Especial importancia revistió el foro “La labor notarial en la prevención y enfrentamiento al lavado de activos, al financiamiento del terrorismo y a la proliferación de armas”, organizado bajo la guía del Notariado español, gremio que a nivel de la Unión Internacional del Notariado ha cosechado frutos en esta materia, estableciéndose por su Consejo General un Órgano Centralizado de Prevención para el reforzamiento, intensificación y canalización en la colaboración del notariado con las autoridades judiciales, policiales y administrativas responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales, quienes compartirán junto a representantes de otros países sus experiencias, para lograr un frente de lucha común contra estos flagelos que atentan contra la supervivencia del hombre.

Hoy, más que nunca, el notario dispone de principios que refuerzan su indudable dimensión y proyección internacional. La función notarial, en el contexto mundial, es un instrumento clave generador de la debida confianza para aprovechar las oportunidades y superar los retos derivados de la creciente internacionalización de las relaciones jurídicas, producto de los fenómenos de integración regional y de globalización. Reviste un especial interés y dispone de una particular eficacia que tributa al crecimiento económico y social de nuestros países; la persona, sus derechos, su dimensión económica, social y familiar constituyen el referente esencial de la función notarial.

# Publicaciones recibidas

**ABOGACÍA Y DERECHO: Gestión de conflictos jurídicos.** Abogacía 2015. Director: Ariel MANTECÓN RAMOS. Coordinadora: Elizabeth MOYA LINARES. Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

**CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA.** Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

**DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL CARIBE.** Género, sexualidad y raza. Coordinadoras: María Dolores FERNÓS, Marilucy GONZÁLEZ BÁEZ, Yanira REYES GIL y Esther VICENTE. INTERMUJERES PUERTO, Instituto de Estudios sobre Mujeres, Género y Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, 2015.

**DERECHO FAMILIAR CONSTITUCIONAL.** Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Carlos Manuel VILLABELLA ARMENGOL y Germán MOLINA CARRILLO (coordinadores). Grupo Editorial Mariel S.C., Puebla, México.

**EL NOTARIO DEL SIGLO XXI.** No. 62, julio-agosto 2015. Revista del Colegio Notarial de Madrid.

**ESCRITURA PÚBLICA.** No. 95, septiembre-octubre 2015. Consejo General del Notariado, Madrid, España.

**ESTUDIOS SOBRE LA LEGÍTIMA ASISTENCIAL.** Leonardo B. PÉREZ GALLARDO. Ediciones ONBC, La Habana, 2016.

**GACETA NOTARIAL.** Año 6, No. 22-2016, 15 Edición Internacional. Revista de actualidad notarial y registral, La Fe Pública Editores E.I.R.L., Perú.

**JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.** Miguel Ángel LINARES RIVEROS. GN Gaceta Notarial, Arequipa, Perú, septiembre 2015.

**LA CONSTITUCIÓN CUBANA DE 1976: cuarenta años de vigencia.** Andry MATILLA CORREA (coordinador). Editorial UNIJURIS, La Habana, 2016.

**LEY No. 1289 “CÓDIGO DE FAMILIA”.** Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

**LEY No. 7 “LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL, ADMINISTRATIVO, LABORAL Y ECONÓMICO”.** Ediciones ONBC, La Habana, 2015.

**REVISTA BIMESTRE CUBANA.** Época III, No. 43, vol. CXVIII, julio-diciembre 2015. Sociedad Económica de Amigos del País.

**REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO.** No. 39, julio-diciembre 2015. Universidad de la República, Montevideo, Uruguay.

**REVISTA PARLAMENTARIA.** No. 1, vol. 21, primer semestre, mayo de 2015. Fertilización *in vitro*. Asamblea Legislativa Costa Rica, 2015.

**VEREDICT.** No. 1, vol. 21, January 2015; No. 2, vol. 21, April 2015; No. 2, vol. 22, April 2016. National Coalition of Concerned Legal Professionals. New York, USA.

***NOTA: Estos títulos pueden ser consultados en la Biblioteca Dr. Francisco Varona Duque-Estrada, de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.***