

ESTUDIOS	
<i>Las Actas Notariales: ¿desuso justificado?</i> Olga Lidia Pérez Díaz Lázaro J. Corzo González	3
<i>El Acta de Notoriedad en el Derecho Positivo Cubano: Una referencia especial.</i> Olga Lidia Pérez Díaz Lázaro J. Corzo González	30
<i>Breve panorama acerca de algunas de las corrientes asumidas por las legislaciones y la doctrina sobre el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero. Parte III (Consideraciones acerca la lesión a la Hacienda Pública y sobre la pluriofensividad del delito de lavado de dinero en Cuba).</i> Diana Hernández de la Guardia	48
<i>El Contrato de Seguro Marítimo. Su expresión en las embarcaciones de recreo de la Sucursal Marlin S.A. Jardines del Rey.</i> María Iris Delgado Knight.	65
CLASICOS CUBANOS	
<i>Asociaciones económicas entre entidades cubanas y extranjeras.</i>	82
COLABORACIÓN EXTRANJERA	
<i>Derechos Personalísimos y Violencia Familiar.</i>	100
PÁGINAS DE JURISPRUDENCIA	
<i>Tribunal Supremo Popular.</i> Caridad M. Fernández González	114
NOTAS BIBLIOGRÁFICAS	
<i>Obras Generales de Derecho Procesal Penal.</i>	118

LAS ACTAS NOTARIALES: *¿DESUSO JUSTIFICADO?*

*Ms. C. Olga Lidia Pérez Díaz
Directora de Notarías y Registros Civiles
del Ministerio de Justicia.
Presidenta de la Sociedad del Notariado Cubano.*

*Ms. C. Lázaro J. Corzo González
Especialista de la Dirección de Notarías
y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.
Vicepresidente de la Sociedad del Notariado Cubano.*

*«La más noble función de un escritor es dar testimonio,
como con acta notarial y como fiel cronista,
del tiempo que le ha tocado vivir»¹*

Camilo José Cela

INTRODUCCIÓN

Como Notarios uno de los principios que más enarbolamos en defensa de la fe pública es el de autoría o redacción del instrumento público. Por ello el estudio de su naturaleza jurídica y tipologías siempre es de interés profesional.

Nuestros razonamientos y valoraciones técnicas en el orden lógico-jurídico se apoyarán en premisas teóricas, doctrinales y experiencias prácticas, convencidos de que la intervención del Notario en la sociedad *«es la garantía de estabilidad jurídica más perfecta, la que ata las voluntades con un lazo más recio, la que deja menos campo a la malicia y al error»²*.

La obra intelectual corpórea del Notario incluye ESCRITURAS Y ACTAS. De las primeras se escribe bastante en la doctrina, en cam-

¹ Bermejo, Meléndez Belén y Calles, Vales José: Citas de Artes y Libros. Editorial Libsa, 1ra edición. 2002, pág. 147.

² Giménez -Arnau, Enrique: Derecho Notarial, s.e. Editorial Navarra, S.A. 1976, págs. 406 y 407.

bio, al menos en la realidad cubana actual, las actas corren una suerte de «cenicienta», por su poco uso práctico, pese a la eficacia probatoria que al documento público le confiere el artículo 294 de la Ley Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica. Cabe la pregunta: ¿Por qué?

Se concurre ante Notario no solo por su imagen social positiva sino también por su agradecida función documentadora al garantizar seguridad y fiabilidad a través del instrumento público que circula en el tráfico jurídico. Es tan alta la nota de autenticidad del documento notarial que casi lo inmortaliza pues su nulidad es decretada únicamente por tribunal competente y por causales expresamente reguladas por el legislador en el artículo 16 de la Ley de las Notarías Estatales. La eficacia privilegiada del instrumento notarial lo convierte en el medio idóneo para la tutela y la protección de derechos.

Pese a las diferencias conceptuales y técnicas, se trate de una presunción documental *iuris et de iure* de exactitud de lo afirmado por él o *iuris tantum*, escrituras y actas gozan de efectos reconocidos en la ley por lo que no existen conflictos en sus cauces probatorios.

Al ser el acta notarial el reservorio idóneo en que históricamente se ha constatado la ocurrencia exacta de hechos o circunstancias de diversa naturaleza que el tiempo sí borra, mucho le debe las ciencias a su probanza e información documental.

Desde hace siglos se hace uso de la grandeza de la fe pública como medio probatorio. Véase por ejemplo que «... Cuando Cristóbal Colón descubre América, lleva consigo a un notario («escribano») para que atestigüe la veracidad de lo ocurrido *«A las dos horas después de media noche pareció la tierra, de la cual estarían dos leguas... El almirante llamó... a Rodrigo de Escobedo, escribano de toda la armada y a Rodrigo Sánchez de Segovia, y dijo que le diesen por fe y testimonio como él por ante todos tomaba, como de hecho tomó, posesión de dicha isla por el Rey y por la Reina sus señores, haciendo las protestaciones que se requerían, como más largo se contiene en los dos testimonios que allí se hicieron por escrito»*³.

Nadie duda, y en ello coincide la doctrina notarial patria, con el célebre maestro Sanahuja y Soler que «... la escritura cumple y ha

³ El Notario en la historia en revista Unión Internacional del Notariado. RIN, ONPI, 2007, pág. 9.

cumplido siempre en la historia otras finalidades jurídicas, consistentes en el encauzamiento del derecho, de acuerdo con los intereses de las partes, y en su mantenimiento y seguridad dentro de la normalidad jurídica»⁴, pero ello no contrapone que, en función de la profilaxis y la prevención de litigios a la que está destinada la fe pública notarial, las personas naturales y jurídicas no conozcan los disímiles usos del acta, su contenido material, tipología, especies, requisitos, documentos necesarios para su autorización y finalidades esenciales. Un asesoramiento profesional amplio, exhaustivo y riguroso en cada notaría del país, evitaría que asuntos no contenciosos, innecesariamente se ventilen en los tribunales.

Tanto en el clausulado de las escrituras como de las actas el Notario como profesional vierte y hace constar su ciencia, inteligencia y experiencia, capaz de adaptar la pretensión de cada persona que requiere su intervención al marco legal vigente e instruir adecuadamente sobre el instrumento público idóneo entre aquellos que regula la legislación notarial.

Aunque el ilustre jurisconsulto aragonés Joaquín Costa al sentenciar con sello de oro: «Notaría abierta, Juzgado cerrado», pensó en las escrituras públicas, la autenticidad interna y externa y el valor probatorio de las actas demuestran que si prescindiéramos de su uso y eficacia, quedaríamos desprovisto de un soporte documental único por probar hechos, actos o circunstancias de la vida que, por su naturaleza, no tienen técnicamente hablando, cabida en las escrituras notariales.

El acta notarial puede ser el único medio jurídico para la probanza de un hecho, acto, derecho o circunstancia relacionada con la persona o sus bienes, dentro y fuera del proceso, siendo el Notario el responsable de suministrar y crear esa prueba documental preconstituida en la que, fehacientemente da fe de lo que ve, oye y percibe por sus sentidos con el fin de no provocar perjuicios irreparables a los que confían en nuestra fe.

Convocar a la reflexión sobre algunas causas injustificadas del no uso de las actas notariales en igual medida que las escrituras públicas, dentro y fuera del mundo jurídico de hoy, y su no extensión a la variada gama de necesidades sociales es lo que nos motivó incur-

⁴ Sanahuja y Soler, José María: Tratado de Derecho Notarial. Tomo II. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1945. p. 217.

sionar en el fascinante mundo de las actas, por ello nos preguntamos: *¿desuso justificado?*

El grado actual del uso de las actas notariales en el tráfico jurídico y fuera de él, obedece a varias razones, más prácticas que legales, aunque ciertamente no fueron favorecidas por el proceso histórico legislativo del Derecho Notarial cubano.

TRATAMIENTO HISTÓRICO LEGISLATIVO DESIGUAL DE LAS ACTAS NOTARIALES EN CUBA: Hoy superado.

El Decreto Ley de 29 de octubre de 1873 hizo extensivo a Cuba, la Ley Orgánica del Notariado Español de 28 de mayo de 1862 y su reglamento, la que al decir de Sanahuja y Soler «... su efecto más beneficioso no fue demoledor, sino constructivo. Perfila... el sentido institucional del notariado...»⁵. La norma no distinguió entre escrituras y actas, refiriéndose solo a las primeras expresó: «... palabra con la que se refiere al original o matriz, en contraposición a copias o traslados de las matrices...»⁶.

«Su defecto principal y casi único es la pobreza de doctrina respecto a la función y al instrumento...»⁷ pues bien el artículo 1 de la ley orgánica hablaba de contratos y demás actos extrajudiciales, no instrumentó la forma en que se formalizarían unos y otros. Ello provocó en sede de actas que «la aparición y desenvolvimiento de esta clase de instrumentos públicos ha sido impulsada, antes por la práctica notarial que por las disposiciones legislativas»⁸.

Siendo una de las notas distintivas de la función notarial su carácter legal por ser organizada y regulada para satisfacer las necesidades sociales en cada contexto histórico, no fue de interés del legislador en el año 1862, pautar reglas, al menos mínimas, sobre la redacción y la autorización de las actas notariales.

Uno de los embriones de la no valoración justa de la eficacia jurídica de las actas, aún persistente, radica en que desde sus orígenes no contó con un reconocimiento legislativo expreso e inequívoco.

⁵ Sanahuja y Soler, José María: Tratado de Derecho Notarial. Tomo I. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1945. p. 195.

⁶ Tamayo Clares, Manuel: Temas de Derecho Notarial. Quinta edición. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001, p 58.

⁷ Idem. pág. 27.

⁸ Sanahuja y Soler: Ob. Cit. Tomo II, p. 2.

Razonamos que ciertamente dada las circunstancias concurrentes en que se promulga la norma, la función notarial se enmarcaba en el universo de las escrituras públicas surgidas para formalizar relaciones jurídicas como fuentes de derechos y obligaciones. No se pensó en otro ámbito competencial que no fuere el estrictamente negocial.

La práctica y las necesidades sociales impusieron que se interpretara el empleo en la norma de la frase: *los demás actos extrajudiciales*, de una forma diferenciada y con una mentalidad de adaptabilidad, de tal suerte para la fe notarial que se amplió a hechos o circunstancias que presenciaba y les constaban al fedatario, y que no podía documentar en forma de escrituras.

Se produce un proceso de transición notarial interesante pues se ensanchó el ámbito competencial de la fe pública, pero en lugar de distinguirse la naturaleza individualizada de cada especie de acta, se equiparó a otros instrumentos públicos como los testimonios por exhibición, las legalizaciones, la legitimación de firmas y la certificación de existencia, y hasta con la función de expedición de copias. La no conceptualización del acta notarial dio lugar a que no se le reconociera su naturaleza protocolizable y se asentara al igual que el resto de los asuntos en el mismo libro indicador, lo cual trascendió a la práctica notarial.

Especial comentario merece la entrada en vigor el 9 de noviembre de 1874 de un nuevo reglamento de la ley de 1862, no por responder a una técnica depurada en materia de actas, pues se sigue adoleciendo de una definición precisa e inequívoca, sino por reconocerle su órbita y su espacio, referidas a aquellos hechos jurídicos que por su índole peculiar no podían calificarse de actos o contratos.

Coincidimos en parte, «El RN de 1874 cierra esta evolución, al establecer que las escrituras y las actas pasen al Protocolo de matrices, mientras que de los testimonios es de los que hay que hacer una breve reseña en un Libro que crea, denominado Indicador. Con esta concesión llega la distinción a los RN posteriores»⁹.

Es cierto que «El Código Notarial entró en vigor por la puerta ancha, con fiestas y agasajos, en Febrero 28 de 1929, celebrándose al efecto el primer Congreso Notarial efectuado en Cuba»¹⁰, no solo

⁹ Tamayo Clares, Manuel: obra citada, pág. 59.

¹⁰ Llaguno, Pedro Pablo: Dos palabras, prólogo a la edición del Código Notarial de 1929, recopilado y anotado, año 1950, Colección legislativa de Bol-sillo, vol. VIII, pág. 10.

por ofrecer una definición amplia y casi exacta del Notario Público sino por dejar sentado su ámbito de competencia en su artículo 2, que incluía escrituras y actas matrices de las cuales expedía copias y firmaba protocolos, sin embargo, no sistematizó ni clasificó las actas notariales, haciéndose mención a ellas en el artículo 111¹¹, desde el punto de vista formal y no material.

El tratamiento jurídico ofrecido en el código a las actas fue anémico e insuficiente (véase los artículos: 124, 143, 144 y 145). Se aprecia un salto considerable del artículo 145 al 215, y luego se le dedican cuatro artículos al acta de protocolización de actos otorgados en el extranjero para surtir efectos en Cuba.

El insuficiente tratamiento legislativo en materia de actas notariales, con especial relevancia a la praxis, es a nuestro juicio otra de las causas que hoy día corran más suerte las escrituras que las actas. Nos referimos a:

- * Una parca regulación normativa.
- * La falta de conceptualización genérica y específica del instrumento público dada su naturaleza jurídica.
- * La imprecisa distinción técnica de las actas.
- * La no instrumentación de la figura del acta con igual rigor técnico que las escrituras.
- * La imprecisión del contenido y de la eficacia en el mundo jurídico.
- * La confusión con los testimonios.

Los flagelos respecto al tratamiento jurídico de las actas tienden a superarse, no obstante, persiste en algunas legislaciones una noción notoriamente simplista y carente de tecnicismo jurídico, al calificarse indistintamente «lo que no sea escritura es acta»; «si no contienen contratos no son escrituras»; «las escrituras tienen como contenido propio declaraciones de voluntad» o aquellos de «que todo lo que implique consentimiento es escritura».

La problemática en torno a una clasificación legal de las actas notariales homogénea y uniforme se mantiene e influye en una in-

¹¹ Artículo 111: Todas las escrituras y actas matrices se redactarán en lengua castellana y se extenderán en pliego entero de papel de hilo con una altura de 31 a 33 cm y un ancho de 21 a 22 cm.

interpretación adecuada del alcance social y del valor probatorio de este tipo de instrumento público.

Sin ser una obra perfecta, en Cuba la Ley No. 50/1984 «De las Notarías Estatales», de 28 de diciembre y su norma reglamentaria ofrecen pautas certeras y organizadas para la actuación notarial en materia de actas, a las que nos referiremos.

LAS ACTAS NOTARIALES EN LA LEGISLACIÓN CUBANA ACTUAL: ¿reconocimiento sombrío o discriminatorio?

El legislador cubano al consagrar normativamente el principio de representación de fe pública y su ámbito competencial, en el artículo 1 de la Ley No. 50/1984 «De las Notarías Estatales», no fue inicialmente coherente con la instrumentación de las actas aunque lo salva con el tratamiento y la técnica empleada en la propia norma básica y en su reglamento.

Quizás la definición incompleta de Notario que se ofrece en el referido artículo, haga que se piense más en el ámbito de las escrituras que de las actas. Al definirlo como el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, se omitió hacer referencia a su intervención en la solemnización y la autenticación documentadora de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica en soporte de actas.

Pese a la omisión en el primer precepto de nuestra fuente básica, el legislador se crece al atribuirle al Notario en el artículo 10 inciso b), la función fedante documentadora referida exclusivamente de hechos, actos o circunstancias, los que por su relevancia jurídica, se pueden derivar o declarar derechos o intereses legítimos o cualquier otro acto de declaración lícita. La determinación de la procedencia o no de un acta, es facultad única del Notario al ser requerida su intervención, y para ello no cuenta con una fórmula matemática, pues requiere de un análisis calificador, casuístico y lógico con apoyatura legal.

El artículo 13 de la ley notarial reconoce el principio de autoría, y al mismo tiempo en concordancia con lo regulado en el artículo 10 antes comentado, expresamente reconoce en su inciso b), a las actas como uno de los instrumentos públicos autorizados y autenticados por Notario. Este favorable reconocimiento revela que el estudio de la teoría general del instrumento público incluye cualquier especie de actas, reconocidas legal y doctrinalmente y demuestra el vastísimo campo de actuación en la esfera extrajudicial.

A diferencia de algunas legislaciones en que se definen a las actas notariales, como aquel instrumento público que no tiene naturaleza de escritura pública, en la norma cubana se ofrece técnicamente un tratamiento superior. Se define y se diferencian de las escrituras, se regula su estructura normativa, se clasifican por especie, se instrumentan sus formalidades, solemnidades y requisitos esenciales.

El legislador no fue miope con las actas, ni se parcializó con las escrituras. Tampoco a las últimas las intenta colocar en un peldaño superior, pues si bien no las clasificó en fórmula *numerus apertus*, sí lo hace con las actas en el artículo 85 de la Resolución No. 70/1992, dictada por el ministro de Justicia, el 9 de junio, contentiva del reglamento de la ley notarial. Como típicas se clasifican en: de protesto; de presencia; de referencia; de protocolización; de depósito; de notoriedad; de requerimiento; de subsanación de errores u omisiones, de jurisdicción voluntaria; de declaratoria de herederos y atípicas referidas a cualquier otra que se establezcan. Ello demuestra que la falta de protagonismo de las actas notariales no tiene una fundamentación real.

La jurisdicción voluntaria en Cuba tiene marcada incidencia histórica y legislativa en la comunidad notarial internacional. La atribución legal de determinados actos de jurisdicción voluntaria como son la administración de bienes de ausentes, la consignación, la información para perpetua memoria y el sucesorio de declaratoria de herederos, si bien fue resultado del proceso de desjudicialización y modernización de instituciones jurídicas, también obedeció al reconocimiento de la eficacia probatoria de las actas notariales, pues las cuestiones de jurisdicción voluntaria transferidas a la función notarial son resueltas y documentadas únicamente en actas.

En la legislación cubana no hay distinción en torno a las pautas generales de redacción y autorización de los documentos notariales. La redacción de las escrituras y las actas se someten a reglas comunes:

- * Formales: papel especial timbrado, numeración ordinal por fecha, foliación interior correlativa, letra clara con caracteres legibles, márgenes, no uso de abreviaturas, los espacios se cubren con una línea continua o discontinua, empleo de guarismos e idioma español.
- * No instrumentación de cláusulas contrarias a derecho o la moral, de lo contrario pudieran ser declaradas nulas. Ello

requiere de una cuidadosa calificación notarial y de un riguroso control de legalidad. «En la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión... El notario... procede a la redacción de las cláusulas, en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho demostrando su calidad de jurisconsulto... Gracias a su estudio, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal»¹².

- * Su representación instrumental es a través de copias parciales o literales, las cuales se expiden a favor de las personas legitimadas. «El notario satisface plenamente a los ideales de la seguridad jurídica, no sólo por la actividad de examinar y redactar que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento... Debe guardar el secreto profesional ...»¹³.
- * No pueden tipificar ninguna de las causales de nulidad instrumental previstas en la ley. Como profesional del Derecho el notario tiene que garantizar que su obra sea perfecta. «La nulidad formal implica vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o en todo caso, que atentan contra la imparcialidad del funcionario fideifaciente. Su declaración judicial pudiera conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del Notario, por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión, o incluso, podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal del Notario autorizante»¹⁴.
- * Las correcciones o enmiendas que no se salven al final del texto y antes de la firma (salvo aquellas que admitan diligencias sucesivas), con la aprobación expresa de los suscribientes son nulas.

¹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: «El quehacer del Notario en la actualidad» en Gaceta Notarial, Revista de actualidad Notarial y Registral, Año 1 No. 1 marzo de 2007. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú. Pág. 29

¹³ Idem. Pág. 30.

¹⁴ Pérez Gallardo, Leonardo B.: A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales. Derecho Notarial. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008. pág. 117.

- * Su redacción se ajustará a las intenciones o manifestaciones de los comparecientes, en las que la triada: *asesoramiento-calificación-imparcialidad* son decisivas para que la voluntad querida coincida con la narrada. «Una vez que las dudas o problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en aptitud de dar consejo eficaz...»¹⁵.
- * En su estructura técnico-normativa las actas cuentan con encabezamiento, comparecencia, parte expositiva, dispositiva y autorización, salvo otorgamiento. En su narración, el notario le imprime su impronta como reflejo de su nivel profesional e intelectual. La autoría del acta, lo coloca, al igual que en las escrituras, en una relación muy directa con el compareciente.
- * Aunque no cuentan con otorgamiento, en la parte expositiva el notario puede hacer constar las advertencias legales correspondientes al tipo de acta en particular, siendo necesario que el requirente cuente con el asesoramiento profesional relativo a los efectos inmediatos y ulteriores.
- * El *nomen iuris* cobra un matiz diferente, al tenerse que calificar el fedatario, el tipo de *hecho, acto o circunstancia* sometido a su fe, siendo relevante que lo documentado surta verdaderos efectos probatorios.
- * Se pueden aportar minutas en las que consten las instrucciones del requirente, las cuales deben ser calificadas e interpretadas adecuadamente, a fin de que se conozca lo que se puede narrar o no en el texto, así como de los errores, los defectos, las incongruencias, las confusiones, las ambigüedades, las imprecisiones, las tachaduras y la no claridad en la exposición de las ideas, en cuyos supuestos el asesoramiento profesional no puede ser limitado, parco o errado. Hablamos de un notario con sólidos y actualizados conocimientos jurídicos y extrajurídicos, culto, con sentido de responsabilidad social y dedicación a la profesión.
- * El principio de calificación es igualmente exigible por el legislador: los documentos complementarios para la autoriza-

¹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: obra citada, pág. 29.

ción serán examinados para comprobar su legalidad y así lo consignará en la matriz, identificándolo, siendo relevante su aplicación.

- * En caso de adjuntarse a la matriz un documento escrito en idioma extranjero tiene que haberse traducido oficialmente, salvo que el notario lo haga, en cuyo caso así lo hará constar.
- * Escrituras y actas matrices cuentan con notas marginales, algunas comunes y otras particulares. Son comunes las referidas, por citar un ejemplo, a la expedición de copias con expresión de cantidad, número de hojas y de la identificación de la persona legitimada. Es una nota específica de un acta de requerimiento la diligencia de notificación a la persona designada por el requirente o en su defecto al apoderado, en el mismo pliego que termina el acta o en anotación marginal, si procediere.

Después de referirnos a reglas comunes en la redacción, nos adentramos a un grupo de pautas que son cauces para la elaboración de las actas.

PAUTAS EN LAS ACTAS.

El instrumento público sin distinción en escrituras o actas, vale «para probar aquello para lo que se hicieron»¹⁶. «Contra la prueba preconstituida en derecho, carece de eficacia la testifical»¹⁷.

En las escrituras el notario formaliza actos o negocios jurídicos a los que la ley expresamente exige esa formalidad para sus efectos constitutivos, o por voluntad de las partes en función de la obtención de la prueba preconstituida con efectos declarativos referidos a derechos y obligaciones.

Al hacerse constar en las actas aquellos actos, hechos, realidades, sucesos y acontecimientos fugaces o no, de cualquier índole, relativos al pasado o el presente alcanzan un estimable valor jurídico.

Es bien conocido, el levantamiento de un acta notarial en un aeropuerto, a las pocas horas de ocurrido un accidente de aviación que

¹⁶ Arzola Fernández, José Luis y Pérez Echemendía Marzio Luis: *Expresiones y Términos Jurídicos*. Editorial Oriente. Santiago de Cuba. 1ra. edición. 2009, pág. 216.

¹⁷ Obra citada.

causó numerosos muertos; se trataba de determinar dónde faltaba una línea amarilla, si estaban o no iluminados ciertos carteles- especialmente el cartel «NO ENTRY»- y si los puntos de luz tenían o no iluminación. El acta notarial tuvo difusión periodística y fue aportada a la Comisión Investigadora del Congreso; nadie planteó el problema de la competencia o incompetencia del Notario»¹⁸, por haber existido diligencias preliminares judiciales previa a la actuación notarial.

«El valor jurídico de certeza que implica la fe pública presupone la correspondencia de la realidad y de lo reflejado, pero al mismo tiempo impone esa correspondencia, como certeza tutelada por el Derecho»¹⁹.

Por ello «... está implícito en las líneas rectoras que secularmente han presidido la regulación de la función notarial, particularmente por el hecho de que en el ejercicio de su función al redactar escrituras y actas el notario ejerce un control de legalidad, puesto que tiene un deber legal de redactar el documento con sujeción a las leyes y denegar su autorización cuando lo pretendido con él sea contrario a ellas. Esto es algo profundamente enraizado en la conciencia social...»²⁰.

Son pautas rectoras en el universo de las actas el control de legalidad vinculado al principio de veracidad del instrumento público. El notario Antonio Rodríguez Adrados, valida que, «La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial, sería, en efecto, grandemente peligrosa para la seguridad jurídica si el notario pudiera prestarla a su libre arbitrio; y sería inmensamente dañosa para el interés público y la paz social... A nadie se le ocurre que el Ordenamiento haya instituido el Notariado para dotar de la eficacia especial conocida por fe pública a actos que el mismo Ordenamiento repudia, poniendo a los ciudadanos en la necesidad de impugnar judicialmente... que de esta manera habrían adquirido una presunción de validez, una apariencia de normalidad; la misión antilitigiosa del notario se habría convertido en un incremento de la litigiosidad y en muchos casos la ilegalidad saldría triunfante. En fin, sin la suje-

¹⁸ Rodríguez Adrados, Antonio: Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. 1988. Págs. 59-60.

¹⁹ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel: «La fe pública como valor constitucional» en Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado español. 1994, pág. 18.

²⁰ «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria» en revista Escritura Pública No.46 Julio-Agosto de 2007 editada por Consejo General del Notariado. Pág. 5.

ción a la Ley y en general al Ordenamiento, la función notarial llenaría la vida jurídica de negocios verdaderos, pero nulos, que la sumirían en un completo caos»²¹.

El notario en las escrituras moldea la voluntad manifiesta de las partes, preexistente, preconformada y acordada, pues en ocasiones conocen el tipo de negocio jurídico que interesan formalizar, incluso hasta su denominación jurídica, en cambio, en la función documentadora en las actas, no suele ser igual, aquí es preciso calificar la procedencia de la rogación inicial, determinar cuál es el tipo de acta idónea para el logro de los fines probatorios interesados por el legitimado, pues no siempre el requirente tiene precisa su pretensión y en especial, el contenido material, para luego instrumentarlo adecuadamente en la narración del acta.

Sabiamente la doctrina notarialista ha denominado a un grupo de actas de calificación jurídica, por emitirse y hacerse constar un tipo particular de juicios, a los que el derecho les reconoce un extraordinario probatorio por excelencia.

Juicios jurídicos, ¿qué significan? «Han de fijar hechos, significa ahondar en el caso concreto al que ha de aplicarse la norma: lo subjetivo, físico o material, económico-social o psicológico, elementos todos que sirven de ocasión, causa o condición, en base a ello ha de conocer y descubrir, sobre todo lo relativo a la voluntad y los juicios que con ella se involucran. No puede ser vista esta como una operación mecánica, sino que ha de penetrar en la realidad interpretándola, llegando a los actos y documentos aportados que figuren como antecedentes o en relación con lo que ahora se percibe; todo ello es sustrato de lo que se intenta llevar al espacio de las relaciones sociales con incidencia para el Derecho, supone valoración y operación jurídica que por aplicación directa o analogía marcan el sentido del derecho ulteriormente concretado; y, derechos, es la enunciación exhaustiva de los elementos que integran el juicio de valor que se ha de formular, interpretación de voluntad de las partes y los títulos jurídicos que se exhiben, la apreciación de la capacidad civil, la calificación de la naturaleza del acto o contrato, su validez y legalidad, la suficiente para actuar, solemnidades legales y procedimentales, ello entraña una valoración jurídica o juicio lógico»²².

²¹ Rodríguez Adrados, Antonio: «El principio de Legalidad» en revista Notario del Colegio Notarial de Madrid Septiembre-Octubre, 2007. pág. 104.

²² Castán Tobeñas, José: Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho. s.e. Editorial Reus, S.A. Madrid.1953. pág. 97

Referido al valor jurídico del documento notarial la doctrina cuenta con criterios convincentes como los expresados por Núñez Lagos: «los efectos que produce la dación de fe por ser sanción que se acompaña a aquellos implica autenticidad corporal (documento indubitado), formal (documento perfecto) y de fondo (negocio perfecto)»²³.

El quehacer notarial en sede de actas no debe ser rígido, pero existen caminos que nos conducen a la obtención de un documento perfecto. Caminos que pueden traducirse de la forma siguiente:

- * Intervenir con el mismo rigor científico que en el caso de la autorización de las escrituras públicas.
- * Conocer en la escala de valores jurídicos del instrumento público el lugar de las actas, especies, tipología, formalidades y efectos probatorios particulares.
- * Calificar que en la rogación expresa hay manifestación de voluntad, pero que no crea, modifica o extingue ningún tipo de relación jurídica.
- * Hacer corresponder el hecho narrado y documentado con el objeto del requerimiento notarial.
- * Respetar el diseño normativo y su orden lógico.
- * Usar un lenguaje preciso para su comprensión y admisibilidad dentro y fuera del mundo jurídico, en juicio y fuera de él, tanto por especialistas como neófitos. «En el campo judicial, el acto autenticado ha de merecer en principio la misma consideración. Autenticar consiste en evitar toda duda sobre el hecho afirmado, imponer la fe en la declaración oficial; más claro, eliminar el juicio histórico que sobre el hecho condicionante del derecho pudiera formular el juez»²⁴.
- * Garantizar los efectos. Como expresa el insigne maestro, Sanahuja y Soler. «... el juez aprecia el hecho a través de su reconstitución mediante la prueba, el notario lo toma por percepción y conocimiento directo»²⁵.
- * Asesorar integral y acertadamente. No instruirse desde una perspectiva prejuiciada o en la creencia de mera formalidad

²³ Núñez Lagos, Rafael: «El valor jurídico del documento notarial» en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid. 1945, pág. 59.

²⁴ Sanahuja y Soler, José María: obra citada, Tomo I, pág. 32.

²⁵ Idem, Pág. 60.

documentadora, pues la rogación requiere interpretación técnica aguda, información y conocimientos actualizados, consejo inteligente, oportuno, sensatez y muestra de sensibilidad en su dimensión profesional y ética. Tiene que ser capaz de convencer al requirente que sus pretensiones, intenciones, voluntades, deseos e intereses, son alcanzables o no, con fundamentación de facto y de derecho, encauzándolo si fuere necesario hacia otros rumbos legales respetándose la individualidad e intimidad. «El asesoramiento debe ser imparcial, a diferencia del que da cualquier otro jurista, peculiaridad que se deriva, bien de la función pública que el Notario desempeña -como creía G. Enríquez-, bien de su vertiente profesional, privada -como dice R. Adrados-, ya que, sin ser imparcial, mal puede el Notario asesorar a partes incluso antagónicas. Pero la imparcialidad modaliza el asesoramiento notarial con diferente intensidad, según se refiera a escrituras o actas:...»²⁶. Y es cierto, en las actas, el notario, previa determinación de la que procede, debe ajustarse a lo que el reglamento notarial tiene previsto para cada especialidad.

- * Ser imparcial significa que el acta, no se redacte de forma precipitada, inequívoca o carente de los requisitos obligatorios e indispensables para los efectos deseados. «- En tales condiciones no se debe prejuzgar»²⁷.
- * Advertir sobre la finalidad directa, presente y ulterior, y así hacerlo constar. «... redactado el documento debe informarles sobre el sentido y las consecuencias legales de los términos en que aparece redactado el acto. Aunque en un orden lógico el asesoramiento es premisa de la redacción y la información consecuencia de ella, ésta puede hacerse en cualquier momento anterior a la firma del instrumento público»²⁸.
- * Leer en voz alta al requirente y a cualquier interviniente, apercibiéndolos del derecho que le asiste de leerla por sí, momento especial, en que, el propio interesado puede detectar imprecisiones o términos, que en la lectura tradicional, quizás no oiría.

²⁶ Idem. Pág. 34.

²⁷ Chinae Guevara, Josefina: Actas Notariales. Derecho Notarial. Tomo III, Editorial Félix Varela. La Habana. 2008. Pág. 8.

²⁸ Tamayo Clares, Manuel: Obra citada, Pág. 33.

- * El control de legalidad tiene matices especiales. A nuestro juicio, no solo consiste en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos, en menor o mayor grado, sino en saber documentar fehacientemente la rogación, sin la cual nunca podrá actuar el Notario, cuyas principales características, al decir de Rodríguez Adrados es que tiene que ser previa, determinada, lícita y legítima, en caso contrario, debe abstenerse y explicar las razones.
- * La intervención notarial es extrajudicial «... toda intromisión del Notario en la esfera judicial está vedada;...Este ámbito extrajudicial, y si coexistencia con los actos de instrucción judicial preventiva ha determinado dudas en algunos países sobre las aplicaciones de las actas notariales de mera constatación... «el Notario no tiene competencia para intervenir con su actuación en actos o hechos que estén *sub-judice*». El Notario puede no conocer esta circunstancia porque no se lo manifieste el requirente o por no resultarle, implícitamente, de los propios actos o hechos. En este supuesto podría actuar, pero sí en el curso de su actuación apareciera la justificación o la alegación reconocida por el requirente, de que tal circunstancia existe, deberá suspender su actuación y remitir copia de lo actuado al juez.
- * El respeto a la persona del requirente, requerido y terceros, es uno de los deberes deontológicos del notario en su relación profesional, respetándose las características personales y las circunstancias o lugar del requerimiento, según el supuesto fáctico, con reconocimiento constitucional²⁹.

Clasificación doctrinal de las actas en especie.

Por su contenido Rodríguez Adrados³⁰, clasifica «cinco clases de generales de actas notariales:

²⁹ El artículo 41 de la Constitución de la República de Cuba le reconoce a todos los ciudadanos iguales derechos y el artículo 43 a que, sin distinción de raza, color de la piel, sexo, creencias religiosas, origen nacional y cualquier otra lesiva a la dignidad humana tengan acceso a la prestación de servicios.

³⁰ «La clasificación reglamentaria se formó más por aluvión que en virtud de un estudio científico serio, y es especialmente criticable el concepto de actas de presencia porque la intermediación es de esencia de la función notarial y el Notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso».

- a) Actas de mera percepción, en las que el Notario expresa los pensamientos que ha adquirido por sus propios sentidos.
- b) Actas de control y percepción, en las que el Notario no se limita a narrar un resultado que ha percibido por sus sentidos, sino que previamente ha llevado a cabo un cierto control de la corrección, e incluso de la legalidad, de las actuaciones mediante las cuales se ha llegado a tales resultados.
- c) Actas de hechos propios del Notario, en las que éste no narra ya los hechos que ha percibido, sino los hechos que él mismo ha realizado.
- d) Actas de calificaciones, que dejando atrás la esfera de los hechos, tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el Notario.
- e) Y actas de manifestaciones, que tienen como fundamental contenido manifestaciones que otras personas hacen en el documento autorizado por el Notario.

Dentro de cada clase se ubican las siguientes:

- * Las de mera percepción incluye: de documentos, personas y actos humanos.
- * De control y percepción abarca: actas de sorteo y muestreo, de publicidad comercial y las de subasta.
- * Las actas de hechos propios del Notario son las de notificación y requerimiento, de ofrecimiento de pago, de remisión de documentos por correo, de protocolización y depósito.
- * Las actas de calificaciones encuentran tipicidad en la de notoriedad y de subsanación de error y omisión.

Entre las cinco clases doctrinales, las actas de mera percepción constituyen la manifestación más pura del acta notarial; son las actas primarias, originarias, de las que han ido surgiendo, por especialización, las otras cuatro: por su primacía conceptual y por los constantes problemas prácticos que origina una inabarcable variedad, dedicaremos a las actas de mera percepción referidas por este autor³¹.

³¹ Rodríguez Adrados, Antonio: Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas. Junta de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado. 1988, Págs. 18-19.

Sobre la división de las actas el propio Rodríguez Adrados, convoca, en nuestra opinión, a reflexiones inteligentes que nos hacen razonar que:

1. Persisten aún disquisiciones y calificaciones doctrinales no superadas totalmente dada la parquedad o imprecisión de la distinción entre escrituras y actas.
2. El universo conceptual y formal de las actas resulta tan variado que si bien justifican la clasificación doctrinal pudieren excluir otras especialidades. Véase las clasificaciones en la legislación cubana³².
3. «... procede del Reglamento de 1935, en innovación que supuso³³ un avance muy considerable con relación a los anteriores»³⁴. Más adelante en su obra refiere que «la clasificación reglamentaria se formó por aluvión que en virtud de un estudio científico serio, y es especialmente criticable el concepto de actas de presencia porque la intermediación es de esencia de la función notarial y el Notario tiene que estar necesariamente presente, en todo caso, en el acto que motiva la autorización; no hay, por tanto, ninguna acta que no sea de presencia, y de ahí la inseguridad reglamentaria sobre el contenido de la categoría, donde reúne actas muy distintas. En el fondo, lo que ocurre es que para el Reglamento todas las actas son de presencia o de referencia sin saber muy bien qué hacer con las de notoriedad...»³⁵.
4. Son frutos más de la praxis y de la interpretación jurídica, que de un estudio teórico científico. Se ofrecen otras clasificaciones doctrinales a la altura de Sanahuja, que «... podemos distinguir entre aquellas que afectan a hechos jurídicos que por su índole no pueden calificarse de actos y contratos-actas propiamente dichas, que podemos llamar materiales-, y aquellas otras en que la legislación establece el

³² Fue previsor al reconocer las actas atípicas en el artículo 85 j las demás que se establezcan, permitiéndose con ello la autorización de otras no calificadas expresamente en el precepto.

³³ Obra citada, Pág. 14.

³⁴ Escobar de la Riva, Eloy: Tratado de Derecho Notarial. Editorial Alcoy. 1957. Pág. 465.

³⁵ Rodríguez Adrados, A: Obra citada, Págs. 14-15.

acta como manifestación formal, actas que podríamos llamar formales (el acta de otorgamiento del testamento cerrado... y el acta de depósito ante notario)³⁶. «Las clasificaciones de Núñez Lagos son más técnicas; destaca, por su interés, la que contrapone:

- * Actas constitutivas. Pueden ser «formalmente» constitutivas, si es un hecho de parte (como entrega de dinero), el Notario se limita a narrarlo, es un simple acto de vista; o «sustantivamente» constitutivas, si es un acto del propio Notario (la entrega de cédula de notificación a ciertos sujetos), es la actuación del Notario la que le da los efectos legales, por y desde esta sola actuación.
 - * Actas de mera constatación de hechos materiales, narrativa del hecho observado o percibido. Su expresión normal es el acta de presencia»³⁷.
5. Típicas, atípicas, activas y pasivas son otras de las clasificaciones. «Desde el ángulo de la actividad que desarrolla el Notario en cada una de ellas, la clasificación se torna un poco más complicada y por ello más rica. Siguiendo a González Palomino, pueden las actas contener una actividad «pasiva» del Notario, o una actividad «activa». Se refiere —claro está— a la existencia de actividad notarial en las actas—lo que reafirma— y cómo puede manifestarse en menor o mayor grado, según sea el acta de presencia o de protocolización»³⁸.

Las clasificaciones doctrinales fueron fuentes de nuestro ordenamiento notarial actual. Es suficiente la lectura de cada inciso del artículo 85 del reglamento de la Ley No. 50/1984 para percatarse de la técnica normativa empleada al clasificarse las actas en: *de protesto, de presencia, de referencia, de protocolización, de depósito, de notoriedad, de requerimiento, de subsanación de errores u omisiones, de jurisdicción voluntaria, de declaratoria de herederos y en el último inciso reconoce a las atípicas pues concluye con la expresión: las demás que se establezcan.*

³⁶ Obra citada. Tomo II. Pág. 9.

³⁷ Tamayo Clares, Manuel: Obra citada, Págs. 184-185.

³⁸ Chinea Guevara, Josefina: Derecho Notarial. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008. P 16.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LAS ACTAS EN ESPECIE.

El acta de presencia, como expresión de mera percepción, persigue la acreditación documental de la veracidad de un hecho, acto o circunstancia que al Notario le consta como cierto por su comprobación sensorial. «Estamos, pues, ante la más clásica aplicación de la fe pública, que tiene como primer contenido, a) En la esfera de los hechos, la exactitud de lo que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos, «de visu et auditu suis sensibus»; el Notario se mantiene en la «materialidad», en la «objetividad», o como dice para la inspección personal del Juez,... en «las exterioridades de la cosa inspeccionada», sin otras apoyaturas conceptuales que las de índole elemental, que las máximas de experiencia de común aceptación en la vida social»³⁹. Precisamente a la luz de lo previsto en el artículo 10 i) de la LNE una de las funciones técnicas del notario, es dar fe de la existencia de personas u objetos, siendo innecesaria la presencia de testigos, y por su propia naturaleza, se exige que en la misma fecha de su autorización, se expida la copia autorizada, pues en caso contrario se hará referencia al día del requerimiento. Al darse fe de la existencia de una persona es obligatoria la consignación de la *hora* como exactitud de lo percibido.

El legislador fue inteligente al incluir como contenido del acta de presencia toda clase de requerimientos efectuados por una persona a otra, ofrecimientos de pago, entrega de dinero, documentos y objetos, y de existencia de personas o cosas. (Cfr. Artículo 85 b) del RLN). La fe notarial no es limitada, por el contrario, se refiere a la existencia de personas, cosas u objetos y de actos humanos.

El acta de referencia prevista en el citado artículo 85 inciso artículo 85 b) del RLN o c) del RLN tipifica un acta de manifestación atendiendo a la clasificación doctrinal. Lo que escucha, el Notario, lo hace constar como una evidencia directa. El ejemplo clásico es la declaración jurada por parte del manifestante relativo a un hecho, acto o circunstancia acaecido y que le consta al requirente. Rodríguez Adrados apunta que: «Es una mera aplicación de lo que podríamos llamar la regla de oro en la redacción del instrumento público: que se sepa en todo momento quién es el que está declarando»⁴⁰.

³⁹ Rodríguez Adrados, Antonio: Obra citada, Pág. 21.

⁴⁰ Obra citada, Pág. 50.

Siendo el contenido del acta de referencia la manifestación expresa del requirente o de un tercero, sabiamente nuestra reglamentación notarial exige que se redacte, en la medida de lo posible y pertinente, usándose las mismas palabras declaradas, apercibidos de que lo manifestado es bajo juramento, y formulándose las advertencias legales procedentes.

Como actas contentivas de hechos propios del Notario, la norma cubana, establece las asociadas con el depósito, notificación, requerimiento y de protocolización. En ellas el Notario narra lo que realiza, ejecuta, comunica, informa y comprueba, en las que tiene que tener en cuenta sus peculiaridades y exigencias legales.

Con el depósito se constata que se ha recibido en ese concepto, objeto, valores, documentos o cantidades como prenda de contrato o para su mera custodia. Resulta interesante lo sostenido por Giménez Arnau: «Su especialidad radica en que aunque su función sea consignar un hecho (el material de haberse realizado el depósito) constituyen también un contrato entre el Notario (depositario) y el requirente (depositante)⁴¹. La intervención notarial no es formal si tenemos en cuenta que es el fedatario el que determinará las condiciones para la constitución y devolución, pudiendo fijar plazos o límites a la custodia, consignar todo cuanto fuere necesario y lógico para la identificación del objeto depositado y lo relativo a la devolución constituirá una anotación al margen, con la nota distintiva que no solo firma el Notario, sino que también lo hace el depositante, su representante voluntario o legal, sus causahabientes y testigos, según proceda.

La finalidad del acta de protocolización cuya regulación se encontraba expresamente reconocida en el Código de 1929, es de incorporar por vía directa al protocolo, un documento, a fin de garantizar su identidad e integridad física, lo que convierte al Notario en un garante y custodio al impedir su extracción. Téngase en cuenta además que la protocolización de un documento privado no lo convierte en público, pero le resulta aplicable las garantías de la conservación y custodia protocolar.

«Por está razón debe acudirse al acta de depósito, y no a la de protocolización, cuando se trate de documentos que, por cualquier causa, deban presentarse original ante la Autoridad competente...»⁴².

⁴¹ Giménez Arnau: Obra citada, Pág. 769.

⁴² Tamayo Clares, M: Obra citada, Pág. 187.

En función del asesoramiento el Notario tiene que saber instruir los casos de la procedencia de cada una.

Aunque literalmente en la clasificación legal de las actas (Cfr. artículo 85), no se relacionan las de notificación, vale comentar la asunción por parte del legislador en el artículo 89 del RLNE, pues las actas que comporten una solicitud de requerimiento, pueden contener como objeto el acto de notificar en un lugar determinado y el plazo.

Ciertamente, en sentido estricto, entre notificación y requerimiento hay fronteras. Mediante la notificación se comunica una información determinada, mientras que en la de requerimiento, se requiere además una posición o actitud concreta del requerido, sea para afirmar o negar, pero sin su respuesta, no puede expedirse la copia autorizada por carecer de los efectos como medio de prueba.

De todas las especies reguladas en el multicitado artículo 85, la más difundida es el acta de declaratoria de herederos, en virtud de la cual se declara el fallecimiento intestado de una persona y quienes son sus herederos legales. Sobre su denominación se discute en la dogmática notarial, al calificarse «como un acta notarial *sui generis*, por ser considerada una típica acta de notoriedad, la que a juicio de algunos, no deja de estar incluida dentro de los actos de jurisdicción voluntaria. Es lo cierto, y sobre ello ya he expuesto algunas consideraciones, en el sentido de que la Ley de Enjuiciamiento Civil y luego las leyes procesales posteriores incluyeron la declaratoria de herederos dentro de los procesos contenciosos, sin serlo, mas bien que por una cuestión de respetar el plan seguido, por tratarse de naturaleza sucesoria»⁴³.

El principio de notoriedad encuentra en el acta de declaratoria de herederos un cauce perfecto, «dado el hecho de que el Notario fija el hecho del fallecimiento del causante a partir de la certificación de defunción, por un lado, y considera la procedencia de la declaración del deceso intestado mediante la exhibición de la certificación negativa de actos de última voluntad y de declaratoria de herederos que expide el Registro público correspondiente, formulando igualmente la declaración de los herederos a partir no solo de los documentos filiatorios, sino de las propias declaraciones del promovente (aboga-

⁴³ Pérez Gallardo, Leonardo B: Derecho Notarial. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008, p. 75.

do) que es quien indica la cantidad de herederos, el orden de suceder, la presencia o no de herederos incapaces para heredar por ausencia definitiva del país, y la existencia o no de descendientes del ausente, residentes en el país, que puedan concurrir a la herencia por derecho de representación»⁴⁴.

Aduce el maestro Rodríguez Adrados que: «Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su raíz, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones»⁴⁵.

Y es cierto, el acta de notoriedad tiene efectos legales especiales y que demuestran que la actuación del notario en materia de actas, «limitada» únicamente a lo que ve, oye y percibe, es una subvaloración de las bondades de la fe pública notarial.

Para la autorización del acta de declaratoria de herederos el Notario califica documentos y observa pautas expresamente reguladas en el RLN. Examina el escrito de solicitud redactado siempre por representación letrada, los documentos que acrediten lo expresado y aquellos contentivos de las declaraciones de los testigos y el dictamen fiscal en su caso. La intervención testifical y el pronunciamiento del fiscal es una valoración notarial atendiendo al caso en particular, lamentablemente de poco provecho por el gremio notarial.

En concordancia con las exigencias sucesorias previstas en el Código Civil, el artículo 107 del RLNE regula los particulares que contiene el escrito de solicitud: identificación de solicitante, expresión de la solicitud y relación de los fundamentos de hecho, declaración de existencia o no de padres del causante no aptos para el trabajo y que dependían económicamente de aquel, bajo juramento, si se cuenta o no con personas incapaces para heredar, y si se ha tramitado o no diligencias preventivas.

Las líneas de actuación notarial en la autorización del acta de declaratoria de herederos responden a una hilaridad normativa-lógica. Hablamos de documentos que se acompañan al escrito de solicitud, de las pautas a seguir una vez examinados, de los efectos del dictamen fiscal, de las declaraciones contentivas, lo relativo a la de-

⁴⁴ Corzo González, Lázaro Juan y Hernández Fernández, Rodolfo: «Principios del Derecho Notarial Cubano». Derecho Notarial. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana. 2008, Pág. 26.

⁴⁵ Rodríguez Adrados, Antonio: Obra citada. Pág. 205.

volución o no de la documentación exhibida y de la remisión en un término de tres días hábiles de una copia autorizada al registro de Actos de Última Voluntad y de Declaratoria de Herederos adscrito al ministerio de Justicia.

Los artículos 114 y 115 del RLNE son pautas en la autorización del acta de declaratoria, y evidencian el reconocimiento del principio de control de Legalidad. En el primero taxativamente se regulan los supuestos en que no procede su autorización, y en el siguiente en franca concordancia con la función de asesoramiento, prevista en el artículo 10 inciso II) de la ley, orienta las líneas de actuación ante la no procedencia de la autorización.

En Cuba, la intervención del Notario en materia de actas se vió favorecida con la puesta en vigor en el año 1984 de la Ley No.50 por transferirse a la esfera extrajudicial asuntos de jurisdicción voluntaria, que eran exclusivos de la magistratura. Nos referimos a las actas de administración de bienes del ausente, información para perpetua memoria y de consignación, pese a su parca regulación normativa. (Cfr. Disposición Especial Primera de la Ley y los artículos 116 al 120 de su reglamento).

Como actas de calificaciones jurídicas la legislación notarial cubana reconoce el acta de notoriedad (Cfr. artículos 85 inciso e), 103 y 104 del Reglamento Notarial), las que siempre han tenido un lugar diferente dentro del catálogo de actas en especie pues en ellas la constatación de hechos de *visu et auditu* no es similar al resto.

En el acta de notoriedad el elemento subjetivo es esencial para la actuación notarial. En ella el fedatario expresa un juicio propio sobre la base de la apreciación y práctica de pruebas, las cuales tienen que resultar suficientes para la narración y fijación fehaciente de un juicio jurídico especial sobre el cual podrán ser fundados, reconocidos o declarados derechos o legitimadas situaciones o circunstancias personales o patrimoniales. Por ello, argumentamos que el rol del Notario no es el típico y tradicional en sede de actas, pues tiene que calificar atinadamente el material probatorio aportado para emitir el juicio y así documentarlo. Sobre el uso y utilidad práctica de las actas de notoriedad la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Minjus se ha pronunciado en varias oportunidades.

No porque dediquemos nuestros últimos comentarios al acta de subsanación de errores y omisiones significa minusvalía con res-

pecto al resto de las actas pues el legislador desde los primeros preceptos de la ley y luego en la norma reglamentaria les dedica desarrollo. Véase lo siguiente:

- * Subsanan los errores u omisiones en los documentos notariales siempre que no constituyan causa de nulidad o alteren sustancialmente la identidad de los comparecientes es una de las funciones técnicas del Notario que expresamente se reconoce en el artículo 10 inciso m) de la ley.
- * Entre otros requisitos se requiere la presentación por la parte interesada de las pruebas admitidas en derecho. (Cfr. artículo 48 RLNE).
- * Si el error u omisión en la matriz es imputable al Notario, la tarifa correspondiente será a su cargo o de la Notaría. (Cfr. artículo 49 RLNE).
- * Son partes interesadas las que tienen derechos a la obtención de copias (Cfr. artículos 50 y 130 del RLNE).
- * Es regulada como una de nuestras actas en especie en el artículo 10 inciso g) del reglamento.

En ocasiones suele confundirse al acta de notoriedad con la de subsanación de errores y omisiones, y viceversa, lo que invita a una profundización en el estudio de la naturaleza, los requisitos, los supuestos y la eficacia jurídica de cada una en particular, pues una autorización desacertada no solo atentaría contra la perfección de la actuación notarial sino que carecería de los efectos probatorios deseados, en el que estamos inmersos.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

ARZOLA FERNÁNDEZ, JOSÉ LUÍS Y PÉREZ ECHEMENDÍA, MARZIO LUÍS: Expresiones y Términos Jurídicos. Editorial Oriente. Santiago de Cuba. 1ra. edición. 2009.

BERMEJO MELÉNDEZ, BELÉN Y CALLES VALES, JOSÉ: Citas de Artes y Libros. Editorial Libsa, 1ra. edición. S/A.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho. s.e. Editorial Reus, S.A. Madrid.1953.

- CHINEA GUEVARA, JOSEFINA: Actas Notariales. Derecho Notarial. Tomo III, Editorial Félix Varela. La Habana. 2008.
- Colectivo de Autores: «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria» en revista Escritura Pública No.46 Julio-Agosto de 2007 editada por Consejo General del Notariado. España.
- CORZO GONZÁLEZ, LÁZARO JUAN Y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, RODOLFO: «Principios del Derecho Notarial Cubano». Derecho Notarial. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana. 2008.
- DELGADO DE MIGUEL, J. F.: «La función notarial», Ponencias presentadas por el Notariado Español». VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, Ecuador. 1993; El Notario en la historia en revista Unión Internacional del Notariado. RIN, ONPI, 2007.
- ESCOBAR DE LA RIVA, ELOY: Tratado de Derecho Notarial. Editorial Alcoy. 1957; Giménez -Arnau, Enrique: Derecho Notarial, s.e. Editorial Navarra, S.A. 1976.
- LLAGUNO, PEDRO PABLO: Dos palabras, prólogo a la edición del Código Notarial de 1929, recopilado y anotado, año 1950, Colección legislativa de Bolsillo, vol. VIII. La Habana, Cuba.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: «El valor jurídico del documento notarial» en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid. 1945.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO: «El quehacer del Notario en la actualidad» en Gaceta Notarial, Revista de actualidad Notarial y Registral, Año 1 No. 1 marzo de 2007. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú;
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales. Derecho Notarial. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: «El principio de Legalidad» en revista Notario del Colegio Notarial de Madrid Septiembre-October, 2007.
- _____ : Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado.1988.
- RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL: «La fe pública como valor constitucional» en Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado español. 1994.
- SANAHUJA Y SOLER, JOSÉ MARÍA: Tratado de Derecho Notarial. Tomo I y II. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1945.

TAMAYO CLARES, MANUEL: Temas de Derecho Notarial. Quinta edición. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.

TARRAGÓN ALBELLA, ERNESTO: Ponencia «El Documento Notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad». 25 CONGRESO Internacional del Notariado. Consejo General del Notariado Español. 2007.

Fuentes legales:

Código Notarial cubano de 1929, en Gaceta Oficial de la República de Cuba de 28 de diciembre de 1929.

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50 de 28 de diciembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria No.3, de 1 de marzo de 1985.

Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59 de 16 de julio de 1987, 1ª edición, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1989.

Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992, Editorial Política. La Habana. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No.7, de 1 de agosto de 1992.

Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de 9 de junio de 1992, contenido en la Resolución No.70 del ministro de Justicia, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No.4, de 9 de junio de 1992;

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No.7/1977 de 19 de Agosto, Editorial Orbe, La Habana, 1978, modificada por el Decreto-Ley No.241 de 26 de septiembre de 2006.

Resolución No.50 de 23 de febrero, del presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria No 10, de 10 de marzo de 2009.

EL ACTA DE NOTORIEDAD EN EL DERECHO POSITIVO CUBANO: UNA REFERENCIA ESPECIAL

*Ms. C. Olga Lidia Pérez Díaz
Directora de Notarías y Registros Civiles
del Ministerio de Justicia.
Presidenta de la Sociedad del Notariado Cubano.*

*Ms. C. Lázaro J. Corzo González
Especialista de la Dirección de Notarías
y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.
Vicepresidente de la Sociedad del Notariado Cubano.*

INTRODUCCIÓN

En este mundo que se debate entre el tener y el poder colma el alma que existan profesionales vinculados con el arte de asesorar jurídicamente que desconozcan el valor probatorio de las actas notariales, cuyo «... contenido es tan variado que la doctrina distingue distintos tipos de actas según el trato que el notario dé a los hechos sea presenciarlos, provocarlos, relatarlos o constatar su notoriedad»¹.

El limitado uso del acta de notoriedad en el tráfico jurídico y su confusión con el acta de subsanación de errores y omisiones, ha dado lugar a un estudio obligado por parte de la Dirección de Notarías y Registros Civiles con el propósito de demostrar su relevancia jurídica y sus especiales bondades probatorias.

Nuestras consideraciones no agotan el tema, intentamos ofrecer valoraciones técnico-jurídicas, a fin de que el acta de notoriedad como prueba documental encuentre el cauce normal que le corresponde, y demostrar que el Notario no es un mero documentador, pese a la función archiconocida de dar fe.

La concepción y constatación de hechos de *visu et auditu* tiene que ser vista y aplicada a tono con el reordenamiento de las institu-

¹ Tarragón Albella, Ernesto: «El Documento Notarial como Instrumento de Desarrollo en la Sociedad» Ponencia presentada en el 25 CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO. Madrid, España, 2007, pág. 15.

ciones jurídicas y sobre la base de las garantías que cumple el Notariado cubano, inmerso en el Sistema Latino, garante de la seguridad jurídica preventiva de litis.

El Derecho Notarial, tanto ciencia que es, no puede permanecer estático ante cambios y realidades. En materia de actas, circunscribir la actuación del Notario, únicamente a lo que ve, oye y percibe, es una subvaloración de las bondades y beneficios de la fe pública. Aduce Rodríguez Adrados que: «Es imposible encerrar la función notarial en el mundo de los hechos sensibles; partiendo de su raíz, la actividad del Notario se expande hasta la esfera del Derecho ya no puede emitir afirmaciones, sino juicios, calificaciones»². El Notario no puede confundir la mera expresión documental de tener a la vista un documento con las calificaciones y los juicios, los cuales razona analíticamente, y así hace constar fehacientemente en la parte que corresponda del instrumento público.

Un acercamiento a la Naturaleza del acta de notoriedad y a una noción de lo notorio.

Una de las clasificaciones doctrinales de las actas notariales son las actas de calificaciones cuyo contenido particular se caracteriza por la emisión por parte del Notario de juicios jurídicos, que no son meras menciones, y que trascienden las fronteras de los hechos para sumergirse en el mundo del derecho y que en algunos supuestos los efectos son reconocidos expresamente en la norma.

Un típico ejemplo de acta de calificaciones es el acta de notoriedad reconocida en los artículos 85 inciso e), 103 y 104 del Reglamento Notarial cubano, y puede tener disímiles efectos probatorios al acreditar dentro y fuera del mundo jurídico, la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales se pueden fundar, declarar o reconocer derechos, o legitimar diversos hechos, situaciones o circunstancias de cualesquiera de nosotros, personal o patrimonial con relevancia jurídica, por lo que su subestimación y poco uso carecen de lógica y fundamentación.

Es cierto que estamos en presencia de un acta especial, la cual no está exenta de polémica notarialista, pero su primordial distinción y diferenciación del resto de las actas en especie, es el rol que des-

² Rodríguez Adrados, Antonio: Obra citada. Pág. 205.

empeña el elemento subjetivo -nos referimos a su autor-, para su redacción y autorización notarial pues se trata de un acta de calificación jurídica, con una aplicabilidad poco publicitada y limitadamente asesorada hasta por los propios Notarios. «El efecto más importante de la intervención notarial, la fe pública, es el medio más idóneo creado por el Derecho, para garantizar la certeza de las situaciones jurídicas...»³.

Hablamos de un acta en especie diferente, «... el acta de notoriedad comprende distintos conceptos que se apartan algún tanto del de pura autenticación, al igual que del de legalización, formando una institución autónoma dentro del Derecho notarial...»⁴.

Ciertamente el reglamento notarial cubano al referirse a la clasificación de las actas, en el artículo 85, se inspiró mas en el marco puramente conceptual que en la propia definición técnica, por ello la profundización en el estudio de *qué es lo notorio* es de obligatoria referencia, pues «... tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios...»⁵.

El concepto de hecho notorio como otros, ha sido matizado y «ha tenido en la doctrina notarial dos principales manifestaciones:

- * Para NAVARRO AZPEITIA y SANAHUJA, es el comúnmente sabido en un lugar o círculo social. Esta opinión, tomada de un importante sector de la doctrina procesal (CHIOVENDA), reduce considerablemente la aplicación de estas actas, porque si han de limitarse a la comprobación de la notoriedad de un hecho ya notorio, en la mayoría de los casos no necesitarán de prueba ni tramitación alguna; así ocurre con la constancia por notoriedad del ejercicio de un cargo público. La LEC (art.281-4), en general los exime de prueba, al decir que» no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta».
- * Para la doctrina dominante, siguiendo a CÁMARA, hecho notorio es el tenido como cierto por la gran mayoría de las personas que mantienen relaciones habituales con aquellos a

³ Delgado de Miguel, J.F. «La función notarial», Ponencias presentadas por el Notariado Español». VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Pág 254.

⁴ Sanahuja y Soler, José María: Obra citada. Tomo II. Pág.112.

⁵ Tamayo Clares, Manuel: Obra citada. Pág 207.

los que se refiere o afecta el hecho que se trata de acreditar. Es una notoriedad «relativa», el juicio del Notario se refiere a si el hecho está o no suficientemente acreditado para dichas personas. Su opinión la encuentra avalada en un antiguo precepto, el art. 286 del C. de C. de 1885, sin precedentes en la legislación francesa e italiana, que regula el poder por apariencia del gerente que pertenezca notoriamente a una empresa conocida, ya que no exige que todos o la gran mayoría de los vecinos de la localidad donde radique la empresa reputen al factor como tal; basta con que los que mantienen relaciones comerciales con el establecimiento crean que la persona en cuestión está facultada para obrar como apoderado general de dicha empresa»⁶.

La noción y aprendizaje conclusivo de lo notorio son complejos, pero su determinación con exactitud, es la razón de la intervención notarial. El contenido material del acta de notoriedad es la narración de un hecho sobre el cual se emite un juicio jurídico recaído en tiempo pasado. Lo primero a calificarse es la trascendencia jurídica del hecho sometido a notoriedad, consiente de que, no ha ocurrido ante el fedatario, pero que es absolutamente notorio para él, en virtud y convencido de ello, redacta y autoriza el acta para ser usada en varios ámbitos de la vida.

Sobre el hecho mismo, el Notario no se pronuncia, su fe recae sobre la notoriedad, demostrada y suficientemente probada. Si el hecho para que fuera notorio tuviera que constarle a ciencia cierta al Notario o ser de conocimiento de la generalidad, lo cual puede ocurrir, en pocos casos intervendría, y no fuere necesario emitir juicio alguno, siendo innecesaria la luz de la fe notarial.

El uso de los vocablos «comprobación o fijación», en la doctrina y en la legislación apuntan a que, el hecho fue notorio y lo que se necesita es la acreditación documental de su notoriedad para fines probatorios.

La notoriedad jurídicamente hablando es un término complejo por sus aristas subjetivas. A petición del notariado fue necesario emitir el Dictamen 66/1987 de 30 de septiembre, por parte de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Minjus, a tenor de lo establecido en los artículos 35 inciso e) de la Ley de las Notarías y 3 y 166 inciso j)

⁶ Tamayo Clares, Manuel: Obra citada. Pág.208.

del reglamento de la citada norma, al que le dedicaremos algunas valoraciones técnicas mas adelante.

Sobre los requisitos.

Como bien apunta Rodríguez Adrados⁷, la rogación ha de ser previa, a instancia de parte, determinada y lícita, y un elemento trascendental es hacer corresponder la profesionalidad, autoría, imparcialidad y legalidad con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- * Comprobar el interés legítimo del requirente.
- * Precisar y narrar el hecho, acto o circunstancia sometido a notoriedad. Saber responder: ¿cuál es?
- * Solicitar, relacionar y practicar cuantas pruebas resulten pertinentes, incluyéndose testifical, de reconocimiento u otra.
- * Formular las advertencias legales procedentes al caso. (No son las mismas en todos los supuestos).
- * Examinar y calificar las pruebas presentadas conforme a lo previsto en el artículo 44 del RLNE.
- * Fijar en la parte dispositiva el juicio de notoriedad con la expresión: «resulta suficientemente probada o comprobada».

El Notario tiene que ser cuidadoso en la calificación y razonamiento, a los efectos de comprobar si con respecto al hecho, acto o circunstancia que se intenta someter a notoriedad, se ha interpuesto demanda en juicio declarativo; por tramitación ante los tribunales o porque haya recaído sentencia firme; la existencia de contradicción entre partes o perjuicios a terceros, o si la declaración de lo notorio fue acreditado con anterioridad, en cuyo caso se abstiene de actuar. Igualmente si el material probatorio no justificare la notoriedad pretendida.

Como expresamos anteriormente resulta imposible materialmente hablando, que el Notario conozca, a ciencia propia, el universo que puede ser objeto de notoriedad o que sea de público y general conocimiento, lo cual indica que pueda practicar tantas y diversas pruebas como el asunto requiera, y no encerrar el material probatorio al propuesto únicamente por el rogante.

En caso de concurrencia de testigos de hecho al acta de notoriedad, lo cual puede ser pertinente, el Notario puede comprobar la ve-

⁷ En su obra Cuestiones de Técnica Notarial en materia de Actas. Pág 53 y sgtes.

racidad de los testimonios, en caso de considerarlo oportuno. Y en ello coincidimos con el maestro Sanahuja y Soler al expresar que:»La mejor manera de comprobar la calidad notoria de un hecho consiste evidentemente en contrastarla al yunque de la propia notoriedad»⁸. De lo anterior se colige que podrá notificar o requerir.

Supuestos tradicionales de aplicación⁹ práctica.

- * Rehabilitación de los asientos destruidos en el Registro de la Propiedad;
- * Reanudación del tracto registral interrumpido;
- * Registración de excesos de cabida de fincas inscritas;
- * Complementaria de un título público de adquisición para inmatricular fincas;
- * Inscripción de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción.

*Otras*¹⁰ «La doctrina sigue defendiendo las actas de notoriedad para rectificar errores (de nombres y apellidos, con virtualidad para subsanar también el asiento registral, porque el error se cometió al redactar el título. R. 19 de octubre de 1949), la vecindad civil. (R. 6 de noviembre 1980), el nacimiento fuera de España, el ejercicio de una actividad (NAVARRO AZPEITIA), la existencia o inexistencia de hijos, ciertos supuestos de hecho de los heredamientos catalanes...»

Obsérvese que coincidimos con el razonamiento que se colige de la lectura del multicitado Dictamen 66/1987, avanzado para su fecha de puesta en vigor, pues se previó con tino la imposibilidad de encerrar en una bola de cristal los diversos e inimaginables ámbitos de utilidad e inserción del acta de notoriedad.

En varias ocasiones hemos caracterizado al acta de notoriedad como un instrumento público especial, peculiar y único por su especialidad. La razón fundamental es la eficacia que su autorización da lugar en el tráfico jurídico.

Hablemos entonces de calidad asociada a la eficacia que un acta de la naturaleza comentada proporciona en y al tráfico jurídico. Cual-

⁸ Sanahuja y Soler, JM. obra citada. Tomo II. P114.

⁹ Uso de las actas de notoriedad a tenor de la reforma hipotecaria 1944-1947 en España según Rodríguez Adrados en la obra citada, p.212.

¹⁰ Tamayo Clares, Manuel: Obra citada. P. 211

quier acta notarial hace prueba, pues «... tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones»¹¹, pero al conllevar una calificación jurídica, contienen una autenticidad única, no solo en el plano del hecho en sí, sino del derecho, y ello es posible por los juicios que se emiten.

Juicios jurídicos, ¿qué son? «Han de fijar hechos, significa ahondar en el caso concreto al que ha de aplicarse la norma: lo subjetivo, físico o material, económico-social o psicológico, elementos todos que sirven de ocasión, causa o condición, en base a ello ha de conocer y descubrir, sobre todo lo relativo a la voluntad y los juicios que con ella se involucran. No puede ser vista esta como una operación mecánica, sino que ha de penetrar en la realidad interpretándola, llegando a los actos y documentos aportados que figuren como antecedentes o en relación con lo que ahora se percibe; todo ello es sustrato de lo que se intenta llevar al espacio de las relaciones sociales con incidencia para el Derecho, supone valoración y operación jurídica que por aplicación directa o analogía marcan el sentido del derecho ulteriormente concretado; y, derechos, es la enunciación exhaustiva de los elementos que integran el juicio de valor que se ha de formular, interpretación de voluntad de las partes y los títulos jurídicos que se exhiben, la apreciación de la capacidad civil, la calificación de la naturaleza del acto o contrato, su validez y legalidad, la suficiente para actuar, solemnidades legales y procedimentales, ello entraña una valoración jurídica o juicio lógico»¹².

De la idea anterior se colige que los juicios que como profesional el Notario emite, califica y hace constar deben ser deductivos, analíticos, lógicos, racionales, previsores, sensatos y debidamente fundamentados.

La dación de fe pública en el acta estudiada es diferente a la tradicional, pues lo que se constata es resultado de un juicio jurídico que solo emite el Notario, el cual unido a otras menciones instrumentales explícitas que, como el de identidad, conocimiento, capacidad mental y volitiva, legitimación y calificación hacen prueba y le son notorios.

¹¹ Tarragón Albella, Ernesto: Obra citada. pág. 15.

¹² Castán Tobeñas, José: Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho. s.e. Editorial Reus, S.A. Madrid.1953. pág. 97.

En sede judicial, los juicios notariales son de altísima valoración procesal al extremo de que, aun decretada la nulidad del negocio jurídico contenido en la escritura pública, los juicios plasmados subsisten, a sabiendas de que admiten prueba en contrario.

En varios órdenes de la vida, se necesitan de diversos medios de prueba para legitimar hechos, actos o circunstancias disímiles, pero en este tipo de acta de calificación jurídica, el rol notarial no es nada pasivo, pues su intervención es exigible para la declaración de derechos o la acreditación de intereses legítimos o cualquier otro acto lícito, de ahí el razonamiento del legislador cubano al regular lo dispuesto en el artículo 10 inciso b de la Ley No.50/1984, referido a la dación de fe en sede de actas en general.

El valor de la eficacia jurídica del acta de notoriedad en el derecho positivo cubano fue inteligentemente reconocido por la ministra de Justicia, al dictar la Resolución No.114/2007 de 29 de junio, contenitiva de «Las Normas y Procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad», al incluir en el catálogo de títulos y documentos que se inscriben en el registro a las actas de notoriedad, cuando resulte procedente para la recuperación del tracto registral.

EL ACTA DE NOTORIEDAD VISTA DESDE LA DIRECCIÓN DE NOTARÍAS Y REGISTROS CIVILES DEL MINISTERIO DE JUSTICIA: Consideraciones.

En varias fechas la Dirección en el ejercicio de su función técnica, normativa y metodológica de la actividad notarial ha estudiado en el orden teórico, doctrinal y legislativo el acta de notoriedad, en aras de esclarecer la intervención notarial y demostrar su variado uso, utilidad práctica y sus efectos jurídicos. Véase:

- * Dictamen No. 66/1987 de 30 de septiembre, en el que a partir de la definición que sobre la notoriedad ofrece la Enciclopedia española y de la dinámica de hechos que pueden presentarse en la sociedad moderna, se razonó que, resulta imposible determinar los supuestos específicos del uso de las actas de notoriedad y que corresponde al Notario determinar particularmente en cada asunto que se le presente si procede o no su autorización.

La lectura del atinado dictamen legal nos hace detenernos en las siguientes ideas:

1. Que ratifica la procedencia de la declaración de la notoriedad de hechos o situaciones que no le consten a ciencia propia al Notario, si le resulta suficientemente probado.
 2. Que el Notario no está obligado a atenerse a la práctica de las pruebas que le proponga el requirente, sino que tiene la amplia facultad de solicitar y practicar cuantas estime pertinentes.
 3. Que la comprobación de la notoriedad del hecho, la plasmación documental de su juicio, la expresión de las pruebas empleadas y el resultado de su práctica, son una garantía de certeza legal al impedir prueba en contrario sobre la notoriedad, salvo en impugnación litigiosa.
 4. Que son instrumentos de gran utilidad pública y social.
 5. Que refuta cualquier argumentación simplista relativa a los límites de actuación notarial pues le concede al fedatario la valoración jurídica de la procedencia de las actas de notoriedad atendiendo al caso concreto sometido a su fe.
 6. Que su desuso obedece al desconocimiento del contenido material, alcance y garantías del acta de Notoriedad, tanto por los profesionales del derecho como por la población en sentido general
- * Dictamen No.6/2003 de 2 de octubre, por el que se resolvió la problemática de la población referida a que, al concurrir ante diferentes funcionarios del Estado, se les exige la acreditación documental del hecho de la posesión de los bienes muebles por uno de los excónyuges, transcurrido el año a partir de la fecha de extinción del matrimonio por causa de nulidad o divorcio, previsto en el artículo 40 del Código de Familia.

Es cierto que al leerse lo dispuesto en el artículo 40 nos percatamos de que se trata de una presunción legal referida al reconocimiento del hecho de la titularidad del bien, sin embargo, la dinámica social, mucho mas rica que la norma, impuso que se tuviera que acreditar la concurrencia de los requisitos expresamente exigidos en el referido precepto de la legislación familiar, para la adquisición del derecho de propiedad del bien, y para ello se orientó la autorización del acta de notoriedad, con la salvedad de que con ella en ningún caso se acredita el derecho en sí, pues para lo último, no sería ex lege necesaria la intervención notarial.

Ante la controvertida problemática la solución estuvo precisamente en la autorización del acta de notoriedad, pues de lo contrario el interesado carecería de un medio de prueba.

La Resolución No. 50/2009 de 23 de febrero dictada por el presidente del Instituto Nacional de la Vivienda puso en vigor el tan necesario «Procedimiento para el perfeccionamiento de los títulos y su inscripción en los Registros de la Propiedad», la cual dio lugar a un conjunto de Indicaciones metodológicas y comentarios entre la Dirección de Notarías y Registros Civiles y el instituto facultado, en fecha 30 de abril de 2009, para la interpretación y la aplicación uniformes de la referida norma, en cuyos preceptos se evidencia un reconocimiento de la eficacia probatoria del acta de notoriedad y su incidencia directa en el acto de inscripción registral.

RECONOCIMIENTO ADMINISTRATIVO DEL ACTA DE NOTORIEDAD EN LA RESOLUCIÓN No. 50/2009: Comentarios obligados.

Con la entrada en vigor de la Resolución No.50/2009, se produce un vuelco necesario en el Derecho Inmobiliario en Cuba, al instrumentar el procedimiento para el perfeccionamiento de los títulos y su inscripción en los Registros de la Propiedad, en función del consagrado principio de publicidad mediante el cual se tiene conocimiento oficial de la identificación de los titulares y del estado de los bienes y/o derechos inscriptos, entre otros aspectos, sin cuya inscripción no tiene efectos respecto a terceros.

La práctica registral inmobiliaria cubana cuyos orígenes datan de 1861 con la entrada en vigor de la ley hipotecaria, reformada en 1860 y puesta en vigor en 1880, hoy vive un momento de reverdecimiento, bajo una concepción moderna y científica relativa a la funcionalidad y eficacia de la presunción de veracidad y exactitud de los asientos en el Registro de la Propiedad, favorecida también con la Resolución No. 50/2009.

A los efectos de su perfección normativa y un acceso ágil a la inscripción registral, expresamente la novedosa resolución citada, regula los particulares que contendrán las resoluciones dictadas por los directores municipales del sistema de la Vivienda reconociendo derechos sobre la propiedad, arrendamiento, usufructo de viviendas y perpetuo de superficie, uso de azotea y lo relativo a las autorizaciones previas a aquellos contratos traslativos del derecho de propie-

dad, que como el de permuta y donación de viviendas y solares yermos, se formalizan ante Notario Público.

La norma jurídica administrativa si bien persigue simplificación, agilización y tutela en los trámites en relación con los derechos que recaen sobre inmuebles como se deduce de su titulación y fundamentación, tiene un valor especial añadido al reconocerse la utilidad y la eficacia probatoria del acta de notoriedad, cuyos efectos solo se le habían atribuidos en la legislación notarial, y nunca administrativa. El legislador sabiamente recurrió a este tipo de acta en especie y no a otra, para acceder al registro por ser fruto de juicios jurídicos y sujetarse a requisitos y formalidades particulares en su redacción y autorización.

Lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución No. 50 resultó un reto para la actuación notarial al prescindirse de la acostumbrada e innecesaria resolución administrativa sobre medidas y/o linderos de los inmuebles, omitidas en los títulos de propiedad y facultarse a los arquitectos de la Comunidad para emitir Dictámenes con el objeto de que los funcionarios y las autoridades competentes se pronuncien en aras del *perfeccionamiento* de los títulos dominicos con el fin de *complementar o subsanar* directamente los títulos administrativos, notariales y judiciales, por errores u omisiones relativos a elementos de la descripción y tasación de viviendas de propiedad personal y cambios de uso, de cualquier origen y fecha, con la aprobación del jefe del programa en cada territorio.

El desafío en que nos coloca el artículo 2 es puramente técnico, pues si bien el dictamen es emitido por un perito oficial o por una persona facultada del departamento de control de fondos de la dirección municipal de la Vivienda, según el caso, su actuación tiene que sujetarse a lo dispuesto en la Resolución No. 50, norma de obligatorio cumplimiento para todos, operadores o no del derecho. En cuanto a la descripción física de los inmuebles el arquitecto se ajusta a lo previsto en el artículo 14, lo cual es verificable por el Notario en el momento de la solicitud de su intervención.

El dictamen pericial no reconoce derechos, el arquitecto actúa como lo que es, un perito y sus criterios los hace constar documentalmente. No cabe hablar de incompatibilidad profesional pues el Notario solo debe obediencia al marco legal, y conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del RLNE, dirigido a que «Cuando se requiera la presentación de documentos complementarios para la realiza-

ción del acto, el Notario comprobará su legalidad y consignará en la matriz los datos que los tipifican y los elementos que acreditan el derecho o acción que se pretende ejercitar». A ello añadimos que ante la duda sobre la legalidad en el acto pretendido o en la autenticidad de cualquier documentación presentada, el Notario se abstendrá de actuar y asesorará sobre las razones.

Las aplicaciones del acta de notoriedad se amplían y se favorecen con «Las Normas y Procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad», puesta en vigor con la resolución ministerial No. 114/2007, resultante de la reactivación de los Registros de la Propiedad y con la promulgación de la Resolución No.50/2009. Respecto a la última es justo reconocer que el legislador supo seleccionar los verbos idóneos -*complementar o subsanar*- como vía efectiva de enmendar errores y omisiones añejas y visibles en las titularidades, sin solución hasta esa fecha por vía notarial por ser concedidos por la administración pública y los tribunales. Veamos que significan¹³:

- * *Complementar*¹⁴ los títulos administrativos de dominio, tales como: Contratos de Compraventa suscritos con el Banco Popular de Ahorro, Resoluciones-Títulos de Propiedad dictadas por el Instituto Nacional de la Vivienda y sus instancias, y los expedidos por el Consejo Superior de la Reforma Urbana, al amparo de la ley de 14 de octubre de 1960; en cuanto a omisiones o modificaciones (que no impliquen acciones constructivas que requieran Licencia de Construcción), relativas a la descripción y tasación del inmueble o a la identificación de su (s) titular (es). Ejemplos¹⁵:
- a) Supuesto en que no coinciden los nombres y apellidos de los propietarios que obran en el título con sus respectivos documentos oficiales de identidad y socialmente son conocidos como fueron inscriptos. Mediante la acumulación de determinadas pruebas documentales relevantes como la certificación de nacimiento expedida por el registro del Estado Civil correspondiente, de matrimonio en caso de ser ca-

¹³ Nos referimos al alcance del acta a tono con lo dispuesto en el Dictamen No.66/1987 comentado.

¹⁴ Dar complemento a algo. DRAE.

¹⁵ Los citados no son absolutos.

sados, carné de identidad y cualquier otra que, a su juicio, proceda; incluso la práctica de prueba testifical basada en la declaración de testigos de hecho y de conocimiento, cuyos resultados demostrarán la notoriedad pretendida, en este caso particular, relativa a una circunstancia personal con trascendencia patrimonial en el tráfico jurídico, al resolverse la problemática en cuanto a que la persona identificada en la titularidad y la que nos requiere y concurre directamente, son la misma.

- b) Supuesto en que con posterioridad a la expedición del título administrativo o notarial, se cambian las rotulaciones de calles o numeraciones postales de inmuebles, no constituyendo un error en la titularidad; en consecuencia este hecho se somete a notoriedad, en cuyo caso se valora como una de las pruebas documentales sólidas el dictamen del arquitecto de la Comunidad, el que contendrá la localización geográfica del inmueble o la certificación de autoridad competente para el supuesto que la variación sea solo de números y calles.

* Reconocer¹⁶ o fijar¹⁷ medidas y linderos cuando no constan en el título administrativo, judicial, y extensivo también al notarial en cuyo último caso puede razonarse que la omisión no fue voluntaria sino que respondió a que en el momento de su autorización no se exigía en la ley especial. A modo de ejemplos:

- a) Contrato de Compraventa de la Vivienda suscrito en el año 1985, al amparo de la Ley No. 48/1984, titulada «Ley General de la Vivienda», en virtud del cual, concurre, de una parte, el Director de la agencia de Población, en representación de Estado Cubano (artículo 9 de la citada norma), y de la otra parte, el futuro titular, consignándose expresamente en su cláusula DÉCIMO SÉPTIMA lo siguiente: *Los datos relativos a las medidas y linderos y áreas de la vivienda objeto de este contrato quedan sujetos a la revisión que oportunamente ordene el Instituto Nacional de la Vivienda a los efectos de la inscripción del presente título en el Registro de la Propiedad de la Vivienda.*

¹⁶ Reconocer: Examinar con cuidado a una persona o cosa para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias; registrar, mirar por todos sus lados o aspectos una cosa.

¹⁷ Fijar: Determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto.

- b) Contrato de Compraventa de la Vivienda suscrito en el año 2002, a tenor de la Ley No. 65/1988, titulada «Ley General de la Vivienda», en virtud del cual, concurre, de una parte, el Director de la agencia de Población, en representación de Estado (artículo 41 de la referida ley), y de la otra parte, lo hace el futuro propietario, consignándose expresamente en su cláusula DÉCIMA : *Los datos relativos a las dimensiones de los linderos y áreas de la vivienda objeto de este contrato quedan sujetos a la revisión que oportunamente ordene el Instituto Nacional de la Vivienda a los efectos de la inscripción del presente título en el Registro de la Propiedad de la Vivienda.*
- c) Resoluciones administrativas en las que se omitieron elementos de la descripción y la tasación del inmueble, por no exigirse en la legislación vigente o ser imputable al funcionario autorizante.
- * Actualizar tracto registral sucesivo ininterrumpido por la inactividad durante casi cuarenta años del Registro de la Propiedad.

La multicitada Resolución No. 50/2009 derogó las Resoluciones números 1 y 6, ambas de 12 de febrero de 2002, 747 de 7 de diciembre del mismo año, 620 de 21 de octubre de 2003 y la Disposición Especial Sexta de la No.12 de 6 de enero de 2006, así como la instrucción No. 1, de 12 de febrero de 2002.

Debe ser pauta interpretar que no procede la autorización del acta de notoriedad como complemento de una resolución administrativa dictada en fecha posterior al 23 de febrero de 2009, pues a partir de la entrada en vigor de la Resolución No. 50/2009, todas tienen que ajustarse a lo dispuesto en la norma, tanto desde el punto de vista formal como material, y si contuvieren errores u omisiones les corresponde a la autoridad que las dictó subsanarlos conforme a derecho.

En otro orden, el legislador también reconoce el uso y eficacia del acta de subsanación de error y omisión en franca concordancia con lo previsto en los artículos 10 inciso m) de la Ley No. 60/1984 «De las Notarías Estatales» y 48, 49, 50, 85 inciso g) y 105 del reglamento.

Existen supuestos en que no procede la autorización de ninguna de las actas de calificación jurídicas comentadas (notoriedad y subsanación). Se trata de actos en que se requiere autorización administrativa previa a su formalización notarial y se advierten diferencias en la titularidad en cuanto a la descripción del inmueble y la

física, según dictamen del arquitecto de la Comunidad, en cuyos casos la solución ha sido que, en el propio texto de la resolución autorizante, se narren los errores y omisiones, según el caso, y en un apartado en particular, se consigne la descripción correcta de la vivienda, todo ello en concordancia con el artículo 7, ordinal 1, incisos a) y b) de la Resolución No. 114/2007.

Nuestra posición como Notarios frente novedades legislativas con aristas problemáticas jurídicas y éticas debe ser equilibradora, mesurada y pertinente. «Imparcialidad equilibradora. Como señala Rodríguez Adrados («Necesidad social de la imparcialidad del redactor del documento», XVI Congreso UINL, Perú, RDN, 1982, NÚM. 116) la imparcialidad debe predicarse en los diferentes aspectos que integran la función notarial. Hay un aspecto de la función notarial en la que el notario aparece como mero fedatario, esto es, dispensador de una autenticidad que se limita a dar fe de lo que percibe; en este caso estamos ante una imparcialidad pasiva o meramente recepticia (como la del juez). La imparcialidad así entendida como no tomar partido en un conflicto de intereses, supone una actitud pasiva ante el contrato, limitada a comprobar su corrección formal y material, dar información aséptica de las partes y a la autorización, en este caso, más que una obligación de imparcialidad, estamos ante la obligación de ser veraz»¹⁸.

Diariamente se concurre ante Notario a lo largo del archipiélago, no solo por la imagen social positiva de tan necesario desempeño profesional sino también por su función de asesoramiento igualitario y riguroso que se brinda a todo aquel que precise su intervención, por lo que las limitaciones o prejuicios en torno a las aplicaciones del acta de notoriedad en el ordenamiento jurídico y desde la perspectiva de su reconocimiento legal, no tienen cabida.

El asesoramiento profesional no se agota con la autorización del instrumento público de que se trate, es mucho mas amplio, inter y transdisciplinario, es instruir sobre los derechos, orientar lo relativo a trámites, diligencias, documentos, formalidades y solemnidades, y encauzar incluso sobre otras vías para el logro de la pretensión.

La función de asesorar está prevista en el artículo 10 inciso II) de la Ley de las Notarías Estatales, vigente a partir del primero de junio de 1985.

¹⁸ Rodríguez Adrado, Antonio, «Necesidad social de la imparcialidad del redactor del documento», XVI Congreso UINL, Perú, en RDN, 1982, No. 116.

El reconocimiento de que «El Notario es un verdadero asesor, un consejero, labor que puede realizar por su primaria condición de jurista...»¹⁹. En este orden, aunque conocida vale reiterar el razonamiento ofrecido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular: «... la recurrente se limita a combatir los razonamientos en que se sustenta el fallo... sin contraponer fundamentos legales que desvirtúen los tenidos en cuenta por la Sala de instancia, tan es así que trata de justificar su acto propio, alegando el desconocimiento de las normas, con lo que legalmente no puede ser excusada, pues ante un trámite de esta naturaleza debió buscar asesoramiento en un Profesional del derecho, entre los que pudiera estar la propia Notaría...», (Sentencia no. 393 de 28 de junio de 2002. Único Considerando. Ponente Carrasco Casi).

A propósito de la deontología notarial concluimos convocando a la reflexión que « La pureza de costumbres, la probidad, la veracidad, deben ser las principales dotes de un buen notario: de corazón hidalgo y generoso, la causa ajena debe preocuparle siempre más que la suya propia, porque en él todo debe ser abnegación y generosidad, grandeza y desprendimiento, tolerancia y conmisericordia: digno con el fuerte, cariñoso con el débil, imparcial con todos, llevará su misión sin dificultad, si no cede jamás ni un ápice de su dignidad; si tiene la independencia necesaria para no ser complaciente cuando se intente llevarle fuerza del terreno de su deber...»²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales:

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: Función notarial y Elaboración Notarial del Derecho. s.e. Editorial Reus, S.A. Madrid.1953.

CHINEA GUEVARA, JOSEFINA: Teoría de las Actas Notariales. Actas Notariales en Especie. Derecho Notarial. Tomo III, Editorial Félix Varela. La Habana. 2008.

¹⁹ Tarragón Albella, Ernesto: Ponencia «El Documento Notarial como instrumento de desarrollo en la sociedad». 25 CONGRESO Internacional del Notariado. Consejo General del Notariado Español.2007. p 2.

²⁰ Gonzalo de las Casas, José: Tratado General Filosófico-Legal, Teórico y Práctico de Notariado y de los Instrumentos Públicos. Editorial Atocha. Madrid. 1877.págs. 326 y 327.

- Colectivo de Autores: «La reforma de la Jurisdicción Voluntaria» en revista Escritura Pública No.46 Julio-Agosto de 2007 editada por Consejo General del Notariado. España.
- CORZO GONZÁLEZ, LÁZARO JUAN Y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, RODOLFO: «Principios del Derecho Notarial Cubano». Derecho Notarial. Tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana. 2008.
- DELGADO DE MIGUEL, J.F.: «La función notarial», Ponencias presentadas por el Notariado Español». VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, Ecuador. 1993; El Notario en la historia en revista Unión Internacional del Notariado. RIN, ONPI, 2007.
- ESCOBAR DE LA RIVA, ELOY: Tratado de Derecho Notarial. Editorial Alcoy. 1957.
- GIMÉNEZ-ARNAU, ENRIQUE: Derecho Notarial, s.e. Editorial Navarra, S.A. 1976.
- LÓPEZ BURNIOL, JUAN JOSÉ: «La Escritura Pública» en Estudios sobre Derecho Documental», Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- GONZALO DE LAS CASAS, JOSÉ: Tratado General Filosófico-Legal, Teórico y Práctico de Notariado y de los Instrumentos Públicos. Editorial Atocha. Madrid. 1877.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: «El valor jurídico del documento notarial» en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Madrid. 1945.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO: «El quehacer del Notario en la actualidad» en Gaceta Notarial, Revista de actualidad Notarial y Registral, Año 1 No. 1 marzo de 2007. Junta de Decanos de los Colegios de Notarios de Perú.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: El acta notarial de declaración de herederos ab intestato como título sucesorio: un enfoque desde el Derecho Cubano y el Español. Derecho Notarial. Tomo III. Editorial Félix Varela. La Habana. 2008.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: «El principio de Legalidad» en revista Notario del Colegio Notarial de Madrid Septiembre-October, 2007.
- _____ : Cuestiones de Técnica Notarial en Materia de Actas. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado.1988.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL: «La fe pública como valor constitucional» en Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado español. 1994.

- SANAHUJA Y SOLER, JOSÉ MARÍA: Tratado de Derecho Notarial. Tomo I y II. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1945.
- TAMAYO CLARES, MANUEL: Temas de Derecho Notarial. Quinta edición. Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001.
- TARRAGÓN ALBELLA, ERNESTO: Ponencia «El Documento Notarial como instrumento de desarrollo en la Sociedad». 25 CONGRESO Internacional del Notariado. Consejo General del Notariado Español. Madrid. 2007.

Fuentes legales:

- Código Notarial cubano de 1929, en Gaceta Oficial de la República de Cuba de 28 de diciembre de 1929.
- Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50 de 28 de diciembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria No.3, de 1 de marzo de 1985.
- Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987, 1ª edición, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1989;
- Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992, Editorial Política. La Habana. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No. 7, de 1 de agosto de 1992.
- Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales de 9 de junio de 1992, contenido en la Resolución No.70 del ministro de Justicia, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición extraordinaria No. 4, de 9 de junio de 1992.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, Ley No. 7/1977 de 19 de Agosto, Editorial Orbe, La Habana, 1978, modificada por el Decreto-Ley No. 241 de 26 de septiembre de 2006.
- Resolución No. 50/2009 de 23 de febrero, del presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria No. 10, de 10 de marzo de 2009. Dictámenes números 66/1987 de 30 de septiembre; 6/2003 de 2 de octubre; 1/2009 de 25 de marzo e Indicaciones metodológicas y comentarios conjuntas de fecha 30 de abril de 2009, todos emitidos por la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.

**BREVE PANORAMA ACERCA DE ALGUNAS DE LAS
CORRIENTES ASUMIDAS POR LAS LEGISLACIONES
Y LA DOCTRINA SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
EN EL DELITO DE LAVADO DE DINERO.
PARTE III (CONSIDERACIONES ACERCA LA LESIÓN A LA
HACIENDA PÚBLICA Y SOBRE LA PLURIOFENSIVIDAD
DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN CUBA)**

Dra. Diana Hernández de la Guardia

PALABRAS CLAVE:

Derecho penal, bien jurídico, pluriofensivo, delito fiscal, evasión fiscal.

RESUMEN:

En este tercer artículo se realizan algunas acotaciones acerca de los criterios de la doctrina sobre la lesión del blanqueo de capitales a la Hacienda Pública y sobre la desafortunada ubicación sistemática del delito de lavado de dinero cubano dentro de este Título.

Tomando en cuenta las opiniones de la doctrina y las legislaciones acerca de la lesividad del delito de lavado de dinero a distintos bienes jurídicos, para el caso de Cuba nos inclinamos por entender que ataca a varios de ellos, y por tanto, se considera que el bien jurídico es pluriofensivo.

1. El bien jurídico «Hacienda Pública»

1.1. El surgimiento del delito de lavado de dinero en Cuba

En el contexto jurídico cubano, la apreciación de la relevancia de las nefastas consecuencias de este ilícito, aconsejaron su regulación penal en nuestro país, pues las normas administrativas para combatir y evitar actos de lavado de dinero, adoptadas previamente, resultaban insuficientes para coartar la ejecución de tan graves conductas. Entre las disposiciones establecidas para combatir el fenómeno desde un prisma administrativo, ha sido relevante la Resolu-

ción No. 91 de 1997¹, de 19 de marzo de ese año, el Banco Nacional de Cuba, «Guía a los integrantes del sistema bancario nacional para la detección y prevención del movimiento de capitales ilícitos»², a través de la cual se dictan pautas muy explicativas acerca de cuáles son las formas más comunes de ejecutar actos de lavado de dinero utilizando el sistema bancario, a fin de que los trabajadores de ese sector puedan reconocerlas, y se aclara que progresivamente y en la medida en que sea necesario, la lista expuesta será actualizada. Se establece cómo han de proceder los empleados bancarios frente a transacciones financieras sospechosas, se organiza el proceso de capacitación y de auditoría para el cumplimiento de esas normas, se plasma la política de «conozca a su cliente», así como «conozca a sus empleados» y se establece que el «personal debe estar consciente de sus propias obligaciones personales bajo las normas legales vigentes y de que puedan estar personalmente expuestos a responsabilidades por no reportar a la autoridad competente de la institución, información sobre transacciones sospechosas»³.

Incidió también en la decisión de tipificar el delito de lavado de dinero, el ser parte de la Convención de las Naciones Unidas contra

¹ Gaceta Oficial Ordinaria Número 10 de 18 de abril de 1997, págs. 146-150.

² Pero además pueden citarse entre otras, la Instrucción No. 1 «Guía para los miembros del sistema nacional bancario para detectar y prevenir movimientos de capital ilegal (Lavado de dinero)», de 20-2-1998, el Acuerdo No. 115 «Sobre las regulaciones que establecen un mínimo de capital para iniciar operaciones» de 1998, el Acuerdo No. 116 «Sobre la constitución de reservas legales para contingencias o pérdidas posibles futuras» de 1999, el Acuerdo No. 186 «Reglas de Concentración en Riesgo» de 1999, el Acuerdo No. 227 «Sobre las reglas para garantizar préstamos de personas naturales y jurídicas vinculadas a la dirección o propiedad de instituciones financieras», la Instrucción No. 2 «Reglas para los miembros del sistema nacional bancario para detectar y prevenir actividades ilegales en pagos» de 26-4-1999, el Acuerdo No. 223-A «Medidas contra instituciones que violan regulaciones prescritas por el Banco» de 2001, la Resolución No. 27 «Creación del centro de información de riesgo» de 17-12-1997, la Resolución No. 79 «Regulaciones de supervisión bancaria para bancos, instituciones financieras no bancarias y oficinas representativas» de 1998, la Resolución No. 18 «Reglas para los supervisores bancarios relacionadas con auditorías internas e independientes de instituciones bancarias y no bancarias», 1999, el Acuerdo No. 228 «Sobre las regulaciones de crédito clasificado y su aprovisionamiento policial» de 1999, el Acuerdo No. 27 «Regulaciones para el capital adecuado» de 2000, etc.

³ Sección VIII: Capacitación del personal para el cumplimiento de las normas antes enunciadas, de la Resolución mencionada.

el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, aprobada por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1988 y de entrada en vigor el 11 de noviembre de 1990, conocida como Convención de Viena, -que insta a su regulación- por lo cual, a raíz de las disposiciones contenidas en la Ley No. 87 de 16 de febrero 1999, se estableció el delito de lavado de dinero⁴.

1.2. La ubicación sistemática del delito de lavado de dinero en Cuba

En la Ley donde se tipificó el delito de lavado de dinero⁵, se incorporaron otras figuras delictivas al Código penal y se realizaron modificaciones de algunas ya existentes. En un único «Por Cuanto» se argumentó que tal decisión era tomada debido a que «en los últimos años se ha advertido un incremento de determinadas modalidades de la actividad delictiva, así como el surgimiento de nuevas formas de comisión de delitos, lo cual resulta totalmente incompatible con los generalizados principios éticos de la sociedad cubana y exige una respuesta adecuada y enérgica, tanto en orden a las medidas prácticas, como en la esfera de las normas jurídicas, en particular en las concernientes al Código penal».

⁴ Artículo 346.1. «El que adquiera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de armas o de personas, o relacionados con el crimen organizado, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años. 2. En igual sanción incurre el que encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los delitos referidos en el apartado anterior. 3. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad. 4. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos. 5. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes».

⁵ Ley Número 87 modificativa del Código Penal, en Gaceta Oficial Extraordinaria Número 1 de 15 de marzo de 1999.

Para el tipo penal, en esa Ley: «se adiciona al Título XIV del Libro II del Código penal un Capítulo que será el II», por lo cual el delito quedó comprendido en el Capítulo II del Título de los Delitos contra la Hacienda Pública, dentro de los cuales estaba regulado únicamente el delito de evasión fiscal⁶. De esta manera se adoptó el criterio de asimilar esta conducta a aquellas atentatorias contra la tributación al fisco, si nos atenemos a su ubicación sistémica⁷, criterio no absolutamente novedoso, pues se plantea, igual a como ocurrió otrora para otras formas delictivas, que a este delito se le está combatiendo por su incidencia en la no tributación al Fisco⁸.

Al respecto podemos decir que no solamente para el legislador cubano existe el concepto de la afectación del delito a la Hacienda Pública, pues también lo tiene la legislación norteamericana⁹, para el sujeto incumplidor de la ley sobre los impuestos.

Sin embargo, entre ambos delitos, el de evasión fiscal y el de lavado de dinero, existe una gran diferencia. La riqueza normalmente objeto de una evasión de impuestos es esencialmente de proceden-

⁶ Artículo 343 del Código penal cubano: «1. El que, una vez determinada la deuda y vencido el plazo del requerimiento para su pago efectuado por el funcionario competente, evada o intente evadir, total o parcialmente, el pago de impuestos, tasas, contribuciones o cualquier otra obligación de carácter tributario, a que esté obligado, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas o ambas».

⁷ Con la que está conforme De la Cruz: CRUZ OCHOA, RAMÓN; Código penal, anotado con Instrucciones y Sentencias del Tribunal Supremo Popular, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1998, págs. 64 y 65.

⁸ Serrano plantea que es muy valiosa la «utilización del Derecho penal tributario para la persecución del blanqueo, puesto que versa sobre capitales que no tributan»: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.; «Algunas cuestiones relativas a la regulación penal del blanqueo de capitales», en Estudios Jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, segundo volumen, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pág. 773.

⁹ Concepción mantenida desde mucho tiempo atrás, recuérdese que en los Estados Unidos, cuando no pudieron apresar a mafiosos por los delitos que ciertamente cometían, se les sometió por la evasión fiscal. Entre otros, se cita el caso de Andrew Mellon, Samuel Bronston y Mayer Lansky: DE FEO, M. A.; «Il riciclaggio dei proventi illeciti: le esperienze statunitensi», ob. cit., pág. 70. Sobre la persecución por evasión fiscal como instrumento de política criminal, en el caso de Capone: ZANCHETTI, MARIO; Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1997, pág. 414. Sobre el tema en general, FABIÁN CAPARRÓS; El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colex, 1998, pág. 223.

cia legal¹⁰, mas su propietario, interesado en incrementarla, evita abonar al fisco los impuestos establecidos, y por ello la coloca en una situación de franca ilegalidad, pues de no hacerlo, habría de aportar las cantidades debidas. Pero, para el delito de lavado, la procedencia de los recursos tiene que ser ilícita. Indefectiblemente tienen un origen delictivo -para el caso cubano proviene de determinados ilícitos-, y eso hace que en este aspecto sean dos tipicidades radicalmente diferentes. Sin embargo, ambas conductas pueden confluir en determinado momento. Y es cuando el sujeto, poseedor de bienes de procedencia ilícita, consciente de esa realidad, comienza a blanquear los fondos sin realizar tampoco las aportaciones al fisco, cuando implicarían el reconocimiento público de la fuente ilegal de sus bienes.

Pero ello ocurrirá únicamente mientras el ejecutor de los actos de blanqueo se encuentre en las etapas iniciales de la ejecución del lavado (que es todo un proceso conformado por diferentes etapas, donde se suceden unas a otras en una trama compleja), porque cuando haya podido legitimar en algo sus bienes, hará lo posible por abonar los impuestos establecidos, pues con ello otorgará nuevos aires de licitud a su fortuna¹¹.

Debido a que la actividad de blanqueo de bienes es una conducta en mucho favorecedora de las aportaciones tributarias¹², su punición ha llegado a ser vista como opuesta al interés estatal de evitar

¹⁰ Recordemos que se dice que la actividad es legal porque en su esencia no es delictiva como puede ser el tráfico de armas o de personas, ya que son actos de negocios permitidos por la legislación, que a veces están absolutamente legalizados, otras, se trata de actividades que no están adecuadamente legalizadas pero que no constituyen actos criminales en sí, aunque se sustrae una parte del capital a los informes fiscales, o todo el caudal financiero objeto de éstos.

¹¹ Un reconocido economista nicaragüense aseveró: «Aquí los comerciantes de productos lícitos evaden impuestos a gran escala; sin embargo, éstos (los lavadólares) no están interesados en evadir impuestos, invierten su dinero en negocios que les permitan justificar grandes ingresos, declaran sus impuestos y fácilmente legalizan el dinero»: CUADRA, SCARLET; «Nicaragua, un corredor para el narcotráfico», en Centroamérica: Gobernabilidad y Narcotráfico, Fundación Heinrich Böll y Transnational Institute, Guatemala, 1997, pág. 54.

¹² GÓMEZ PAVÓN; «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», en Cuadernos de Política Criminal, No. 53, Ederesa, Madrid, 1994, pág. 480.

la evasión fiscal, y por ello Bajo Fernández considera que reprimir el blanqueo «constituye una de las muchas contradicciones que en el mundo económico se vive, ya que se enfrenta de un modo directo con la política de persecución del fraude fiscal» y por eso la actividad de blanqueo de capitales «debe ser promocionada desde todos los puntos de vista, pues coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos del país: inspección tributaria, inspección de trabajo, etc.»¹³. Y finaliza apuntando: «en conclusión, el blanqueo de dinero no constituye un acto delictivo en sí mismo y está simplemente relacionado con la política de represión del fraude fiscal»¹⁴.

No consideramos que sea discutible el relativo provecho económico al Estado que puede reportar el tributo a la Hacienda Pública fruto del blanqueo de fondos ilícitos. Pero debe quedar claro que tal actividad se ejecuta no en pos de un abandono de la conducta ilícita inicial, ni como un arrepentimiento definitivo, si no todo lo contrario, se realiza para cumplir el fin de otorgar legalidad a los bienes, pues de lo contrario se hace más evidente su sucia procedencia, es decir, con la finalidad de poder utilizarlos así como hacer viable una conducta ilícita previa. Por tal razón, si en negativas condiciones hay aportaciones al fisco, éstas no deben ser consideradas como algo beneficioso, todo lo contrario, deben ser combatidas porque detrás de ellas se esconden actividades ilícitas muy graves y perjudiciales a la sociedad en general.

1.3. Breve referencia al bien jurídico protegido en los delitos contra la Hacienda Pública. Problemas que se presentan cuando la riqueza es de origen ilícito

Para la doctrina española -gran estudiosa de este tema- hay tres posiciones fundamentales¹⁵ en relación a cuál es el bien jurídico protegido en el Título de los delitos contra la Hacienda Pública (que en el Código penal cubano recoge únicamente el delito de evasión fiscal

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal, EDERSA, Madrid, 1993, pág. 147.

¹⁴ Ibidem, pág. 148.

¹⁵ Dada la dificultad de determinar el bien jurídico protegido. BOIX REIG, J. y MIRA BENAVENT, J.; Los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 29 y ss.

además del lavado de dinero): está la que considera se tutela el Erario Público¹⁶ (y por tanto, quien realizara la acción estaría engañando y defraudando al Estado, lo cual entonces deberá ser probado¹⁷), una segunda entiende que se protege a la Hacienda Pública, pues es el mecanismo garantizador del adecuado aporte de ingresos al presupuesto estatal, (en cuyo caso no será necesario se pruebe el ánimo de engañar al Estado para enriquecerse, bastando que se dejen de realizar los pagos correspondientes), siendo la corriente más aceptada¹⁸ -la cual consideramos acertada-, y hay una tercera posición, de los que consideran se afecta el ordenado funcionamiento del sistema económico¹⁹, lesionando también la libre competencia, porque los que no aportan al Fisco se sitúan en posiciones ventajosas frente al resto.

En nuestra opinión, el delito de evasión fiscal se configurará simplemente con la no tributación al fisco de las cantidades establecidas, tal y como lo preve la ley. Sin embargo, se plantea la proble-

¹⁶ BAJO, M. y BACIGALUPO, S.; Delitos contra la Hacienda pública, Areces, S.A., Madrid, 2000, pág. 43. MORILLO MÉNDEZ, A.; Infracciones, sanciones tributarias y delitos contra la Hacienda pública, Cisspraxis, Valencia, 2000, pág. 295.

¹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; «El nuevo delito fiscal», en Revista Española de Derecho Financiero, números 15-16, Civitas, Madrid, año 1977, pág. 710.

¹⁸ MESTRE DELGADO, E.; La Defraudación Tributaria por Omisión, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 108. Con igual criterio: ROSELL FERRER, J.; Todo sobre infracciones tributarias y delitos fiscales, De Vecchi, S.A., Barcelona, 1987, pág. 13. APARICIO PÉREZ, A.; La regulación de los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social en el nuevo Código penal (artículos 305 a 310 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 34-35. DE J. I. CASADEVALL, J. y GARCÍA LLAMAS, M.C.; «Arts. 305-310: Delitos contra la Hacienda Pública», en Delitos Societarios, de la receptación y contra la Hacienda Pública, Bosch, Barcelona, 1999, págs. 279-281. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; «Ocultación y disimulación del hecho imponible. Desde la elusión fiscal a la defraudación tributaria. La anomalía del negocio jurídico en el Derecho Penal Tributario». Cfr. www.clatadiar.com. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; «Problemas actuales del delito fiscal», en Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada 14, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 24-25. Indirectamente: MERINO JARA, I. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.; El delito fiscal, Edersa, Madrid, 2000, págs. 39 y ss.

¹⁹ Así afirma Serrano vinculándolo a la protección de la solidaridad en la contribución al sostenimiento del gasto público: SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. y CORTÉS BECHIARELLI, E.; Delitos contra la Hacienda pública, Edersa, Madrid, 2002, págs. 18-19.

mática no absolutamente infrecuente, de la evasión fiscal de sumas procedentes de actividades delictivas, planteándose la doctrina española dos respuestas bien divergentes a esta situación: una, la que considera se sancionen los actos por el delito de evasión fiscal y la otra, que no deben ser procesados por este delito contra la Hacienda Pública y por tanto, deben quedar impunes²⁰.

Si nos acogemos a la última de las propuestas (que compartimos), es decir, considerar que no deben ser procesados los sujetos que no tributan al fisco las cantidades recibidas ilícitamente, se tomará en cuenta más de un importante argumento. A decir de Bacigalupo, porque en primer lugar, de aceptar el fisco esos ingresos, se convertiría el Estado en partícipe del delito del cual proceden las ganancias, o en su receptor o blanqueador de capitales; en segundo lugar, porque el Estado no puede favorecer el disfrute de los efectos del delito, cuando en realidad debe utilizar el comiso, la multa o la responsabilidad civil; y tercero, porque sería considerar como irrelevante la ilegal procedencia de los bienes, lo cual no es correcto²¹. Coincidimos plenamente con esta autora, porque realmente los argumentos vertidos son tan sólidos y preeminentes desde un prisma político-criminal que han sido tenidos en cuenta de una forma u otra para la tipificación de otra modalidad delictiva: el delito de lavado de dinero, ya que con la punición de los actos de blanqueo de capitales se intenta evitar el disfrute de la ganancia ilícita, así como su legalización, actividad en que se prohíbe participar a los particulares, mucho menos la debería realizar el Estado, que sería lo que de hecho ocurriría si éste aceptara bienes ilícitos en el caudal público. Además, la función estatal está dirigida a la punición de actos ilegales y no a la indiferencia para con ellos.

También debe tenerse en cuenta que si los tribunales cubanos aceptaran la impunidad del pago de impuestos de riqueza sucia, se plantearía una inusitada contradicción, pues tendríamos la gran incoherencia de tener dos delitos en un mismo Título donde uno (evasión fiscal) exigiera y contradijera totalmente lo que el otro desde un enfoque teleológico intenta combatir (lavado de dinero espurio).

²⁰ CALDERÓN CEREZO, A.; «Análisis sustantivo del delito (1): Prevención y represión del blanqueo de capitales», en Prevención y represión del blanqueo de capitales, Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 283.

²¹ BAJO, M. y BACIGALUPO, S.; Delitos contra la Hacienda pública, ob. cit., págs. 68-70.

Pero si se llegara a la determinación de que no se debe aportar al erario público la riqueza ilícita -lo que en nuestra opinión sería lo acertado-, habríamos de arribar a la conclusión que entonces el delito de lavado de dinero nada tiene que hacer en el Título de los delitos contra la Hacienda Pública, porque si las sumas ingresadas ilícitamente no tienen que aportar al fisco, pues entonces no habría relación entre esta tipicidad y su ubicación sistemática. Téngase en cuenta además, que el delito cubano de lavado de dinero no tiene entre sus delitos previos un ilícito contra la Hacienda, y hasta donde conocemos, los delitos fiscales no están considerados como comprendidos dentro del amplísimo término de «crimen organizado», previsto en el artículo 346. Si no hay infracción penal (al menos indirecta) relacionada con no aportar al fisco determinadas sumas debidas, no habría razón de entender el ataque a la Hacienda Pública.

La jurisprudencia²² y la doctrina²³ españolas -donde el delito se ubica en sitio distinto-, se pronuncian contrarios a este parecer, a favor de la obligación de tributar por ingresos ilícitos con carácter preferente, pero con matices (pues consideran que si el delito inicial ha sido sancionado no debe haber proceso por evasión fiscal). Los argumentos esbozados por la doctrina española partidaria de esta posibilidad, son que la Constitución establece el deber de todo ciudadano de contribuir al gasto público según su riqueza, y que ésta constituye un elemento económico y no jurídico, por lo cual el sujeto debe tributar al fisco sea cual sea el origen de su ganancia.

²² STS Número 649/96 de 7 diciembre 1996 RJ 1996/8925, STS Número 1493/99 de 21 de diciembre de 1999 RJ 1999/9436, STS Número 1298/2000 de 17 de julio de 2000 RJ 2000/6219, STS Número 20/01 de 28 marzo 2001 RJ 2001/751. De todas las reseñadas, quisiéramos señalar una de ellas porque está estrechamente relacionada con el tipo penal que en este trabajo se trata, que es el delito de blanqueo de capitales. Se trata de la STS Número 649/96 referente al conocido como «Caso Nécora», en el que la Audiencia Nacional sancionó a un grupo de acusados por el delito de blanqueo de capitales (al utilizar sociedades de pantalla para invertir ganancias del narcotráfico) y por delito fiscal (porque no hicieron constar sus aumentos de riqueza y no realizaron las correspondientes aportaciones al Fisco). Presentado el recurso de casación, el Tribunal Supremo lo resolvió absolviendo el delito de blanqueo (por falta de pruebas) pero confirmando la evasión al erario público.

²³ BAJO, M. y BACIGALUPO, S.; Delitos contra la Hacienda pública, ob. cit., págs. 66-68. MUÑOZ MERINO, A.; El delito de contrabando, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 187.

Además, según la Ley General Tributaria²⁴, se regula que el impuesto se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar su validez (artículo 28), lo cual corrobora que para el Fisco es indiferente si la procedencia es lícita o no.

Otro argumento que enarbolan, parte que de permitirse a los delincuentes no realizar aportaciones al Fisco de la riqueza malhabida, se laceraría el principio de igualdad²⁵, siendo los infractores los beneficiados, pues resultarían con un trato desigual los ciudadanos honestos²⁶. Por tanto, entienden que deberán realizarse aportaciones al fisco de las ganancias ilícitas, de lo contrario, el sujeto podrá ser inculcado por la ejecución de un delito de evasión fiscal. Esta afirmación tiene la excepción de que el delito inicial haya sido sancionado, en cuyo caso no procederá la medida penal por la no tributación al fisco. Conde-Pumpido expresa que la sanción penal por el delito que fue la fuente directa de los ingresos no declarados, absorbe el delito fiscal derivado de tal omisión, si concurren tres requisitos:

1. Los ingresos que den lugar al delito fiscal proceden de modo directo e inmediato del delito que ya resultó sancionado. Pero cuando haya varias procedencias ilícitas o sólo tengan un origen delictivo indirecto, no se debe apreciar el concurso de normas.
2. El delito inicial tiene que haber sido efectivamente condenado. Si no lo fue, por falta de pruebas, prescripción, etc., se mantendrá el delito fiscal.

²⁴ Modificada por la Ley 25/1995 de 20 de julio.

²⁵ Fundamento Jurídico 38o. STS 2a. 7 diciembre 1996 Número 649/96.

²⁶ Criterio totalmente opuesto a éste lo ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al considerar que «el principio de neutralidad fiscal propia del impuesto no juega cuando se realiza la entrega de estupefacientes, pues se debe excluir toda posible competencia entre un sector económico lícito y otro ilícito». Plantea Choclán que «con esta decisión, rechaza expresamente el TJCE el argumento relativo a que el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete, principio que, ... ha sido utilizado por la jurisprudencia española para sostener precisamente la tributación de la ganancia ilícita». CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; «Problemas actuales del delito fiscal», en Derecho penal económico, Manuales de Formación Continuada 14, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pág. 64.

3. La condena penal del delito inicial ha de haber reflejado el comiso²⁷ de las riquezas obtenidas o su devolución como responsabilidad civil.

Y termina señalando como conclusión: *«Los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deben ser autónomamente sancionados.*

La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador»²⁸.

Sin embargo, en nuestra opinión no es acertado exigir el ingreso de fuentes ilícitas al erario público (salvo las mezcladas con fondos lícitos que sí deben tributar al fisco), todo lo contrario, el Estado debe poner su mayor celo en condenar tales conductas no sólo para ultimarlas, sino también con la finalidad de su no proliferación. Por otra parte, el argumento para no inculpar por el delito de evasión fiscal a la riqueza sucia que no se ha aportado al fisco, no debe ser la punición por el delito base, como manifiesta la doctrina y la jurisprudencia española, porque con esa condición se está estableciendo un vínculo ficticio con este delito.

Nos parece importante no preocuparse si hubo sanción anterior por un ilícito (cualquiera que sea) protegido por otro bien jurídico y que tiene su contenido autónomo, sino delimitar si hubo o no evasión fiscal, pues puede haber ocurrido una sanción por un ilícito pre-

²⁷ Pues el delito contra la Hacienda pública tiene una función de protección subsidiaria y actúa como un mecanismo de confiscación de ingresos ilegales que por determinadas causas no han sido decomisados. CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 90 y ss.

²⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.; «Una cuestión problemática en el delito fiscal: ¿Responsabilidad penal por defraudación fiscal en supuestos de ganancias ilícitas?», en Derecho Penal económico, Cuadernos de Derecho Judicial II-2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 267-268. También LAUNA ORIOL, C.; «Consideración penal de la falta de tributación de las rentas de origen ilícito», en Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, No. 68, Madrid, IV Trimestre 2002, pág. 187.

vio (por ejemplo, por lavado de dinero) y se considere que de todas formas también se debe sancionar por evasión fiscal (como pudiera ser el caso en el cual ha habido mezcla de bienes sucios y bienes limpios imposibles de separar), porque no funcionaría el principio *non bis in idem*.

Por otra parte, no consideramos sólidos los fundamentos que se utilizan para justificar la punición por evasión fiscal cuando no hay sanción por el delito del cual provienen los bienes²⁹, son válidos tanto para cuando haya habido delito inicial no sancionado como para cuando fue sancionado (porque cuando el delito ha sido sancionado, de todas formas la riqueza no fue ingresada al Fisco y el sujeto no colaboró con el gasto público), y por tanto, habrá el mismo daño.

Por eso somos de la opinión que no deben tributar al fisco las riquezas ilícitas y solamente lo harán, cuando -como ocurre con tanta frecuencia- éstas se hayan mezclado con riquezas lícitas, porque al introducirse en el caudal susceptible de realizar aportaciones fiscales otros bienes que sí son de obligatoria tributación al erario público, y ser -como ha sido remarcado- tan dificultoso delimitar la riqueza sucia de la limpia, se deberá entender el capital como un todo, sin necesidad de realizar determinaciones acerca de cuánto es de origen lícito y cuánto no.

Pero si se tratara de una riqueza que no ha sido incorporada al mundo mercantil y no ha sufrido ninguna transformación, porque no se ha vinculado al mundo comercial lícito -digamos por ejemplo, el dinero acumulado en grandes cantidades de la venta de la droga, no transformado aún-, no deberá exigirse por ella la tributación al fisco, porque el Estado no puede interesar, y menos exigir, que los delincuentes le den participación de sus ganancias -si lo hace pasa a ser parte de ellos- y su ineficacia para sancionar una conducta ilícita inicial cualquiera que ésta sea -determinada como reprobable por él mismo en un Código penal- no puede llevarle a olvidarlo de golpe y en sentido opuesto, a utilizar un fundamento tan escasamente convincente y evidentemente, poco ético, como el que como el sujeto no recibió sanción por esa previa ilicitud, la recibirá por evasión fiscal.

²⁹ Acerca de que la Constitución establece el deber de todo ciudadano a contribuir al gasto público según su riqueza cualquiera que sea su origen, que según la Ley Tributaria para el Fisco es indiferente si la procedencia de la riqueza es lícita o no y que si los delincuentes no tributaran se lacera-
ría el principio de igualdad.

Desde un prisma penal, se aprecia que la admisión de la exigencia que se tribute por la ganancia ilegal, conduce también a otra contradicción, porque el Estado da a los ciudadanos el privilegio del autoencubrimiento y el derecho a no declarar en su contra, y ello laceraría estos principios totalmente si efectivamente cualquier ciudadano debiera tributar la riqueza malhabida, porque al carecer de fundamento para justificar su ingreso, se le colocaría en una situación en la cual tendrá que declarar el delito cometido.

Resumiendo, si no se debe exigir el abono al erario público de la riqueza ilícita, no resultaría razonable mantener el delito de lavado de dinero cubano en el Título de los Delitos contra la Hacienda Pública, con el que no tendría vinculación, pues ninguno de los delitos previos específicamente comprendidos, -narcotráfico, tráfico ilegal de personas y de armas-, siquiera indirectamente apuntan hacia la evasión fiscal. Tampoco los delitos que usualmente la doctrina y la normativa internacional consideran como contenidos dentro del crimen organizado relacionan delitos de esta titularidad. En consecuencia, no resultaría adecuado desde ningún punto de vista que la ganancia ilícita se ingrese a la Hacienda pública, y desde una perspectiva de política criminal, el lavado de dinero no se relaciona con la evasión de impuestos, y por tanto, no lesiona este bien jurídico, por lo cual consideramos que el delito debería ser reubicado en un título más afín con los bienes jurídicos efectivamente lesionados, como por ejemplo, en el Título de los Delitos contra la Economía nacional.

2. Consideraciones finales acerca del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de dinero en Cuba

El problema acerca del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de dinero, como se ha comprobado, adquiere innumerables matices. Puede ser considerado un bien jurídico u otro, pero aún cuando se tome un bien jurídico en particular en cuenta, tiene fundamentos que lo avalan a su favor, y en cambio, tiene otros que lo contradicen.

Es por eso, que nos inclinamos por considerar que en el caso del blanqueo de capitales la tutela se dirige no hacia un bien jurídico en particular, porque no hemos encontrado alguno que de manera única lo abarque absolutamente, pues la lesión está referida a varios bienes jurídicos, según los distintos análisis realizados, y se constata que pueden ser tomados muchos de los elementos vertidos en cualquiera de ellos en pos de su admisión.

Tal situación trasciende más de una vez. Por ejemplo, aunque algunos autores esbozan su discurso a favor de la protección de un bien jurídico en particular, en su exposición no pueden soslayar la variedad de bienes jurídicos susceptibles de ser transgredidos con la comisión de este delito. Por ejemplo, aunque del Carpio se manifiesta a favor de uno de ellos³⁰, de hecho no puede rebatir la importantísima relevancia que tiene este delito en relación a la lesión de distintos bienes jurídicos. De este modo, al adoptar un criterio y esbozarlo, menciona un conjunto de ejemplos en los cuales se realizan actos de lavado de dinero, frente a los cuales ella misma delinea diferentes bienes jurídicos quebrantados. Así expresa: «En el primer ejemplo, lo que puede producirse es una lesión al patrimonio individual del empresario,... en el ejemplo segundo,... se produce una verdadera situación de monopolio.... En el tercer ejemplo... repercute en el erario público... (otros)... producen ... una desestabilización en el normal funcionamiento del sistema financiero...³¹», denotando así que no puede ser tenido en cuenta un solo bien jurídico, pues como ella misma plantea, en los ejemplos brindados, puede haber daños al patrimonio, a la economía, a la hacienda pública, al sistema financiero, etc., por lo cual se trata de un delito que puede afectar indistintamente, a diferentes bienes jurídicos.

Por tal razón se considera que el delito de lavado de dinero es pluriofensivo, pues no está circunscrito a un bien jurídico en particular. Tal criterio ha sido compartido por una buena parte de la doctrina. Fabián Caparrós³² conjuntamente con Vidales Rodríguez³³, Zaragoza-

³⁰ La circulación de los bienes en el mercado, DEL CARPIO DELGADO; El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 81 y ss.

³¹ DEL CARPIO DELGADO; El delito, ob. cit., págs. 67 y 68.

³² Pero después entiende que «a la hora de determinar cuál es el bien jurídico que -político-criminalmente- justifica la intervención del Derecho penal, y -dogmáticamente- fija la correcta ubicación sistemática del tipo y sirve de pauta para su adecuada interpretación, entendemos que es absolutamente necesario acudir al ámbito socioeconómico consagrado en la Constitución»: FABIÁN CAPARRÓS; El delito de blanqueo de capitales, Madrid, Colex, 1998, pág. 238.

³³ VIDALES RODRÍGUEZ; Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 91 y ss.

za Aguado³⁴, Vives Antón³⁵, Delpino³⁶, Zanchetti³⁷, Escudero Moratalla³⁸, Ramírez Monagas³⁹, Martínez-Buján⁴⁰, Gili Pascual⁴¹ Orts-González Cussac⁴² y Prado Saldarriaga⁴³ lo consideran también una figura pluriofensiva.

Y ciertamente todo apunta en ese sentido: se trata de un delito que afecta la recta administración de justicia, por cuanto intenta sustraer del marco judicial a los autores de las conductas transgresoras o al origen de los bienes. Afecta de forma mediata en daños a la salud pública, pues las maniobras de lavado pueden garantizar que el ciclo productivo del tráfico de drogas se mantenga funcionando adecuadamente y con él ocasionar los perjuicios a la salud. Como este delito favorece la presencia de la corrupción dentro del aparato estatal, afecta distintos bienes jurídicos, pero esencialmente el que protege el recto ejercicio de las funciones públicas. Puede propiciar serios daños a la seguridad de los estados y asimismo afecta su

³⁴ ZARAGOZA AGUADO, J. A. y otros; ZARAGOZA AGUADO, JAVIER ALBERTO y otros; Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 1418.

³⁵ VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; Derecho Penal: Parte especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 571. También, VIVES ANTÓN Y GONZÁLEZ CUSSAC, en Derecho Penal: Parte especial, ob. cit., pág. 636.

³⁶ DELPINO, L.; Diritto Penale, Parte Speciale, IX Edizione, Serie: Manuelli Giuridici, per esami universitari, pubblici concorsi, pratica forense, Edizioni Simone, 1996, pág. 942.

³⁷ ZANCHETTI, MARIO; Il riciclaggio di denaro proveniente da reato, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1997, págs. 387 y ss.

³⁸ ESCUDERO MORATALLA, J.F.; Delitos societarios. De la receptación y contra la Hacienda Pública. Artículos 290 al 310 del Código Penal, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 244.

³⁹ RAMÍREZ MONAGAS, BAYARDO; ALAYÓN MONSERAT, RUBÉN y BRACHO, FRANK; «Aproximación a la dimensión económica del problema social de las drogas», en La Cuestión de las Drogas en América Latina -una visión global-, CONACUID, Caracas, 1988, pág. 8.

⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. y otros; Derecho Penal Económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 324.

⁴¹ GILI PASCUAL, ANTONI; El encubrimiento en el Código Penal de 1995: Análisis del favorecimiento personal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 395.

⁴² ORTS BERENGUER, ENRIQUE; GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L.; Compendio de Derecho penal: (Parte general y parte especial); Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 625.

⁴³ PRADO SALDARRIAGA, V.R.; El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú, IDEMSA, Lima, 1994, pág. 66.

economía. Por tal razón, no adoptamos una posición unilateral. Se trata de una tipicidad muy compleja, que puede hacerse patente de muchísimas y variadas formas y lesionar distintos bienes jurídicos.

Toma de posición acerca de los bienes jurídicos aplicables para el ilícito previsto en el Código penal cubano

El delito de lavado de dinero aparece en la Ley cubana dentro del Título de los Delitos contra la Hacienda Pública. De esta manera el legislador adoptó el criterio de asimilar esta conducta a aquellas que atentan contra la tributación al fisco. Sin embargo, considerar que este delito ataca a la **hacienda pública** encierra un contrasentido, pues los recicladores de fondos están interesados en darle participación a sus bienes de las regulaciones impositivas para de ese modo afianzar el carácter legal de sus activos. No siempre ello es posible, y por eso, sus riquezas se desenvuelven durante un tiempo en el mundo ilícito, pero su finalidad es bien diferente a la de evadir impuestos.

En relación con lo anterior, cuando se ha obtenido un capital de una actividad ilegal se plantea el problema de si debe o no tributarse al fisco teniendo ese origen. Consideramos que no debe exigirse la aportación al fisco de las cantidades recibidas de la realización de actividades ilegales (criterio que no comparten ni la mayoría de la doctrina ni la jurisprudencia española), puesto que sería hacer al Estado partícipe de las ilegalidades, al estar enriqueciendo su erario con dinero sucio; además de que es una función estatal reprimir las conductas ilícitas, y no mostrarse conforme con ellas.

Llegar a esta conclusión trae como consecuencia cuestionarnos el sentido de la ubicación sistemática del delito de lavado de dinero dentro del título de los delitos contra la Hacienda pública, puesto que no tiene razón la existencia de este delito en un título con el cual no tiene ninguna vinculación, pues no comprende entre los delitos previos alguno contra el fisco y en el catálogo de los ilícitos del «crimen organizado» no se presenta una modalidad vinculada a este título. Además, y es lo más importante, no debe tributarse al erario público la riqueza mal habida. Pero si se aprobara el ingreso de la espuria riqueza a la Hacienda Pública, entonces, para el caso de Cuba, nos encontraremos con que los dos únicos tipos penales de un mismo título (contra la Hacienda Pública) tienen un contenido opuesto, pues uno de ellos, el delito de evasión fiscal, obligaría a la realización de

acciones (legalización del dinero sucio por medio del pago de impuestos), que el otro, el de lavado de dinero, está reprimiendo (no legalizar dinero espurio). Únicamente consideramos que deberá tributarse al fisco la riqueza sucia cuando está mezclada con la riqueza lícita, porque al haber mezcla de bienes se hace muy difícil determinar las porciones de una u otra, y habiendo una parte que debe ser aportada a la Hacienda, ésta deberá ser ingresada como un todo.

En resumen, para el caso del delito de lavado de dinero ocurre que ninguno de los ilícitos previos expresamente relacionados en el artículo 346 del Código penal cubano (narcotráfico, tráfico ilegal de personas y de armas) está vinculado -siquiera indirectamente- con la evasión fiscal. Tampoco pueden incluirse dentro de los ilícitos contra la Hacienda Pública alguno de los delitos considerados con frecuencia por la doctrina y las normas internacionales como contenidos dentro del concepto «crimen organizado» y no deben tributarse al fisco riquezas de turbio origen. Por ello y como el lavado de dinero no se relaciona con un atentado al erario público y no lesiona este bien jurídico, deberá ser reubicado en un título más afín con los bienes jurídicos que efectivamente lesiona, como por ejemplo, en el Título de los Delitos contra la Economía nacional.

En definitiva, y como se puede constatar, consideramos que el lavado de dinero es un delito **pluriofensivo**, pues afecta a varios bienes jurídicos. Entre ellos, la recta administración de justicia, por cuanto intenta sustraer del marco judicial a los autores de las conductas transgresoras, tergiversando el origen de los bienes. Daña también de forma mediata a la salud pública, ya que las maniobras de lavado pueden garantizar el funcionamiento eficiente del ciclo productivo del tráfico de drogas y con él los perjuicios ocasionados a la salud. Además, como este delito favorece la presencia de la corrupción dentro del aparato estatal, afecta al recto ejercicio de las funciones públicas. Puede propiciar serios daños a la seguridad de los Estados y asimismo afecta su economía. Por estas razones no adoptamos una posición única en relación a un bien jurídico en particular, pues entendemos que se trata de un tipo muy complejo, pudiendo hacerse patente de muchísimas y variadas formas y lesionar a distintos bienes jurídicos.

EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO. SU EXPRESIÓN EN LAS EMBARCACIONES DE RECREO DE LA SUCURSAL MARLIN S.A. JARDINES DEL REY

*Lic. Marla Iris Delgado Knight
Profesora Instructora. Facultad de Derecho
Universidad de Ciego de Ávila*

SUMARIO

1. Preámbulo. 2. Algunas consideraciones históricas sobre el tema. 3. El contrato de seguro marítimo. Notas distintivas. 3.1 Carácter consensual del contrato. 3.2 Especial referencia al riesgo, póliza y objeto asegurado. 4. Seguro de embarcaciones de recreo. Definición y características. 4.1 Del seguro de embarcaciones de la Sucursal Marlin S.A. Jardines del Rey. 5. Consideraciones finales.

1. Preámbulo

Con el objetivo de eliminar las consecuencias perjudiciales de distintos fenómenos naturales, que aún con el nivel que actualmente ha alcanzado el desarrollo de la ciencia y la técnica son en ocasiones difíciles o imposibles de prever o evitar, surge el sistema de seguros. Su esencia consiste en crear medios especiales de reserva, que puedan cubrir el daño material, causado principalmente por fenómenos naturales y otros fenómenos nocivos, las organizaciones y las personas naturales, por medio de descuentos sistemáticos de sus medios, crean fondos de reserva, que se encuentran a disposición de organizaciones especiales de seguro. El seguro no elimina el daño sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente «preparada para absorber el riesgo de indemnización.

El seguro marítimo, como todas las instituciones del derecho ha evolucionado de forma internacional, se materializa en un documento llamado póliza y se extiende de forma duplicada. Constituye la base jurídica de los demás contratos, por la complejidad de su clau-

sulado, así encontramos el seguro de embarcaciones de recreo que cubre la responsabilidad civil derivada de los daños materiales y personales, así como los perjuicios que sean consecuencia de ellos, que por culpa o negligencia se causen a terceros, al puerto o instalaciones marítimas producto de colisión, abordaje y demás accidentes marítimos, así como por los esquiadores y objetos que éstos remolquen en la mar.

2. Algunas consideraciones históricas sobre el tema

El seguro marítimo como institución surgió en las ciudades italianas durante el siglo XII, se desarrolló y tomó impulso en España, finalmente adquirió forma jurídica en Francia y maduró en Inglaterra al iniciarse el período de la empresa aseguradora.

En la historia del seguro es posible reconocer tres grandes etapas en su formación y desarrollo; una primera que comprende el período desde la Edad Antigua hasta el inicio del Medioevo, la segunda etapa se sitúa desde la Edad Media hasta la Edad Moderna y una tercera etapa que abarca toda la Edad Moderna.

En la primera etapa no se encuentran rasgos jurídicos de la institución aseguradora. Sus antecedentes son la mutualidad y la transferencia de un riesgo. Muchos autores coinciden en señalar que el seguro comenzó en las grandes civilizaciones de la antigüedad pues cuando los Estados comenzaron a organizarse, aparecieron espontáneamente las asociaciones de asistencia mutua¹. A esta forma de seguro se le denominó Seguro Mutuo, donde un conjunto de poseedores de riesgos se reunían y ante el caso eventual de un siniestro ayudaban al perjudicado. Era un seguro solidario, no trasladaban a nadie la responsabilidad del riesgo. El seguro siempre ha protegido un desarrollo económico, es por eso que al iniciarse el comercio por mar, las primeras coberturas del seguro estuvieron dirigidas a los mercaderes cuyos barcos eran constantemente amenazados por la piratería y las contingencias de la naturaleza.

En la Edad Media con el florecimiento del tráfico marítimo adquirió cada vez mayor importancia la contratación del riesgo marítimo;

¹ HEVIA GONZALEZ, R., Manual de Seguro Marítimo, Madrid, 1976, pág. 10, en <http://www.mapfre.com/museocontenido.htm> consultado el 26 de noviembre de 2010.

cuando esta se independizó del papel accesorio de otros contratos surgió el contrato de seguro mediante el pago de una prima a comienzos del siglo XIV.

En la tercera etapa, estando de moda las cafeterías, allá por el año 1688 en Londres, surge un café especial, administrado por Edgard Lloyd, que merecía la preferencia de aquellos comerciantes que lo mismo compraban, fletaban y vendían barcos o naves. La cafetería adquirió rápidamente una buena fama por noticias fiables sobre la navegación; siendo así, por aquella época se rumoraba que la cafetería de Lloyd era el lugar reconocido para conseguir los seguros marítimos, este es uno de los motivos por los que se expresa que Inglaterra marcó un hito importante en el devenir futuro del seguro.

En 1795 se constituye en la Ciudad de La Habana la primera Compañía Cubana de Seguros Marítimos, en cuyos estatutos, redactados ante un Notario de esta ciudad, son nombrados como patrocinadores la Virgen de Regla y San Cristóbal; con el ruego, según se refrenda en los Estatutos, de que los proteja para el mejor éxito de la empresa que iban a comenzar².

El seguro es hoy un elemento indispensable en el transporte marítimo. Cada expedición marítima conlleva un conjunto de seguros de esta naturaleza sobre los diferentes intereses asegurados, sin la existencia del seguro sería impensable que los distintos sujetos del transporte actuasen, al menos por su propia cuenta y riesgo, sin el seguro podemos afirmar que desaparecería todo el comercio mundial, su importancia es tal que, sin el menor género de dudas, el progreso de la humanidad se debe en grandísima medida al seguro marítimo.

3. El contrato de seguro marítimo. Notas distintivas.

El derecho marítimo es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de la navegación y el comercio marítimo, las peculiaridades del transporte marítimo y sus características especiales, ejercitadas a través de una vía que en ocasiones suele ser tan hostil como es el mar, hacen de este medio de transporte una constante aventura marítima que a su vez constituye un interés lucrativo que es el resultado de una previa transacción mercantil, unido a otros

² Cfr. SANCHEZ ROCA, Mariano, Las leyes mercantiles de Cuba y su jurisprudencia, 1ra. edición, LEX , La Habana, Cuba, 1944, pág 12.

factores relacionados por ejemplo con el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva, estos han sido factores indispensables para el surgimiento y consolidación de normativas jurídicas que regulen la transportación marítima en sus diversas facetas y coincido con los autores que plantean que todo lo relacionado con la navegación constituye un riesgo permanente, razón por la cual actualmente el seguro marítimo se presenta como un elemento indispensable para todos los que de manera directa o indirecta se dediquen al negocio del comercio y la transportación marítima³.

El contrato de seguro marítimo es un contrato formal, en el que la póliza se exige no como instrumento de prueba del contrato, sino para su validez. En el contenido de las pólizas las partes pueden añadir las cláusulas que convengan. Las pólizas pueden ser nominativas, a la orden y al portador; valoradas o no valoradas, según se haya estimado o no el valor del interés; por tiempo determinado y por viaje; flotantes o de abandono, cuando se cubren un conjunto de intereses asegurados hasta un volumen o cantidad previamente establecida⁴.

En la práctica internacional están muy generalizadas las pólizas de tipo inglesas con sus determinaciones de riesgos excluidos o excluibles⁵, redactadas por el Instituto de Aseguradores de Londres cuyo prestigio viene derivado de la gran tradición, solvencia vigor de la actividad aseguradora en Gran Bretaña, que ha hecho que se llegue a afirmar que el seguro marítimo lleva pabellón británico.

En este sentido nuestro Código de Comercio establece una presunción legal por la cual se admite que el valor declarado en el momento de suscripción de la póliza es real no admitiéndose en ningún caso, ni por error, ni por fraude que se sobre asegure la mercancía. La normativa prevé que se procederá en ambos casos de manera diferente, siendo ganada la prima por el asegurador en el caso que la exageración fuera por fraude.

El seguro marítimo pertenece a la categoría de seguro de daños y se presenta como un contrato bilateral, sinalagmático, oneroso, de tracto sucesivo, aleatorio y de buena fe⁶.

³ Cfr. ABREU FERNANDEZ, Alberto, El derecho en el transporte marítimo, Ed. Félix Varela, La Habana, 2006, pág. 139.

⁴ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato/contrato.htm> consultado 29 de septiembre 2010.

⁵ Apud. ABREU FERNANDEZ, Alberto, EL derecho..., cit pág. 140.

⁶ URIA GONZALEZ, Rodrigo, El seguro marítimo, Bosch, Barcelona, 1940.

El seguro marítimo tiene características particulares, que lo diferencian de otros seguros, entre las que podemos enumerar:

- * Viene establecido como un contrato que se formaliza entre empresarios que son la empresa de seguros y la empresa armadora, por lo cual prima la autonomía de la voluntad, es decir, no se admite una interpretación de las cláusulas contractuales de una forma más favorable al asegurado, como en otro tipo de seguros, por ejemplo, en el caso concreto de una embarcación de recreo, aunque el titular de la embarcación asegurada no sea un empresario, un sector de la doctrina sigue considerando que por tratarse igualmente de un seguro marítimo es de aplicación el mismo principio.
- * Otro elemento distintivo del seguro marítimo que por su importancia merece especial referencia es el principio de universalidad de riesgos. Es decir, dentro de los límites convenidos, existe para el asegurador la obligación de indemnizar cualquiera que sea la causa que haya producido el siniestro, si y solo si se trate de riesgos de la navegación, objeto de la cobertura. El aspecto material de esta noción de riesgo de mar es muy amplia pues comprende cualquier evento que tenga relación con el mar o se produzca en ocasión de la navegación marítima. La normativa general que regula otros tipos de seguros se mueve en sentido inverso, es decir se rige por el principio contrario porque solo se cubre el riesgo enumerado expresamente. En un seguro terrestre en la póliza deben quedar indicados todos los riesgos que incluye la cobertura no siendo así en el marítimo.

El principio de universalidad de riesgos en el seguro marítimo no se debe interpretar en sentido literal. En primer lugar porque existen riesgos excluidos en la propia norma legal y, en segundo término porque las partes pueden establecer mediante cláusulas riesgos excluidos.

Este seguro cubre los posibles riesgos que tienen consecuencias negativas para el buque, la mercancía transportada y demás intereses en juego. Si se producen unos daños por los riesgos de la navegación marítima se despliegan los efectos del contrato de seguro marítimo, el asegurador indemnizará al asegurado.

Los seguros marítimos se pueden clasificar por:

Durabilidad del contrato, que puede ser por tiempo o por viaje.

Interés asegurado, que diferencia entre el buque o cascos, el de cargamento, el de beneficio esperado y el de responsabilidad.

Cobertura de riesgo, total si es a todo riesgo o especial de determinados riesgos, como por ejemplo por contaminación.

Modalidades de póliza, ya sea por cuenta ajena, por cuenta propia, por cuenta de quien corresponda o póliza flotante o de abandono.

Circulación de la póliza que se presenta en tres modalidades, nominativa, a la orden y al portador.

Forma de explotación mutua o a prima fija.

3.1 Carácter consensual del contrato de seguro marítimo

En el contrato de seguro el consentimiento se forma con la propuesta de una parte y su aceptación por la otra, las que rigen por las normas de derecho común.

La oferta y la aceptación son las etapas esenciales de la formación del contrato de seguro. Con la segunda de ellas se alcanza el consentimiento y con este se perfecciona el negocio jurídico, bilateral y patrimonial⁷.

De ello entendemos que el contrato consensual es el que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, quienes, en consecuencia, no podrán subordinar el perfeccionamiento del mismo a la tradición de la cosa, transformándolo en real.

De lo hasta aquí expuesto cabe afirmar que el contrato de seguro es consensual pues requiere para su conclusión solo el consentimiento de las partes, sin que para su perfeccionamiento se deba recurrir necesariamente a alguna otra formalidad.

Con el consentimiento hay contrato, y con el comienzan los deberes y derechos de los sujetos de la relación negocial, salvo que por pacto en contrario las partes acuerden retrotraer las garantías a un período anterior a su celebración o diferir la producción de los efectos del contrato.

Es posible que las partes estipulen que la aseguradora asuma los riesgos tiempo después del perfeccionamiento del contrato, o lo que

⁷ Cfr. STIGLITZ RUBEN S., : Derecho de seguros, tomo I, tercera edición actualizada, Abaledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 136.

es lo mismo, posterguen el comienzo de la producción de efectos, lo que claramente no coincidiría con la vigencia formal del contrato, ésta se identifica con la celebración del contrato.

En efecto, es factible que las partes estipulen que el asegurador asuma los riesgos tiempo después del perfeccionamiento del contrato, o lo que es lo mismo, posterguen el comienzo material de la producción de los efectos, que no coincidiría naturalmente con la vigencia formal, noción ésta última que se identifica con la celebración del contrato.

Como principio general, pudiéramos afirmar que el silencio o el comportamiento omisivo implica ausencia de manifestación.

El carácter consensual del contrato de seguro presupone que su perfeccionamiento precede a la emisión de la póliza, es por ello que debemos ser cuidadosos para no confundir el contrato con la póliza, debido a que esta última es uno de los documentos o instrumento escriturario del contrato y tiene sólo una función instrumental eminentemente probatoria.

En el sentido expresado se tiene indicado que la voluntad no manifestada no tiene relevancia jurídica, siendo imposible fundar en ella una acción de cumplimiento del contrato. De lo contrario toda idea de seriedad y seguridad jurídica estaría perdida. Es que los hombres deben poder confiar en lo que ven escrito y firmado y no es posible que a su conducta legítima y de buena fe se le oponga más tarde una supuesta voluntad o intención distinta⁸.

Ello no significa que el silencio en ningún caso conforma una declaración vinculante.

3.2 Especial referencia al riesgo, póliza y objeto asegurado

Sin la existencia de la póliza de seguro no se dará por válido el contrato de aseguramiento, En la póliza debe constar por cuenta de quién corre el seguro, pero en los contratos de seguros de mercancías no suele especificarse el nombre de la persona y se admite «por cuenta de quién corresponda» la forma escrita es indispensable para concluir el contrato.

La aceptación usualmente adopta la forma escrita y consiste en la emisión de la póliza, y es la expresión impuesta por la práctica como

⁸ Cfr. STIGLITZ RUBEN S., : Derecho de seguros, tomo I, tercera edición actualizada, Abaledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 137.

manifestación de voluntad del asegurador de perfeccionar el contrato propuesto por el asegurado.

Por lo antes expuesto subrayamos la importancia del uso obligatorio de la póliza, pues solo así se contribuirá a consolidar la certidumbre del contenido de las declaraciones de voluntad de las partes; evidencia que se extenderá a la prueba eliminando una infecunda litigiosidad.

Y en el inevitable supuesto de suscitarse un conflicto judicial, los jueces contarán con un (el) elemento valioso para la exacta precisión de la intención declarada⁹. En este sentido, nos referimos a las condiciones particulares que especifican el contenido del contrato y no a las que figuran en formularios anexos a la póliza porque aunque ostentan la misma denominación, cumplen distinta función.

En síntesis, la póliza presupone el perfeccionamiento del contrato, es su prueba, capital y guía de interpretación.

El interés asegurado es el objeto del contrato de seguro, así podemos clasificarlo en función del bien núcleo de dicho interés: el buque "seguro sobre cuerpos" o "seguro de cascos", las mercancías "seguro de carga" o "sobre facultades" aquí es válido señalar que el valor que se obtendría en caso de vender las mercancías debe constar en la póliza.

El artículo 743 del Código de Comercio incluye como objeto del seguro las cantidades dadas a la gruesa y los objetos comerciales sujetos al riesgo de la navegación cuyo valor pueda fijarse en cantidad determinada¹⁰, este último supuesto es en el que puede incluirse el seguro marítimo de mercancías.

El riesgo es la posibilidad de que se produzca un daño que lesione un interés. Se define como la incertidumbre de la pérdida, es universal en cuanto plantea a los individuos un problema en cada etapa de su vida. Los hombres de negocios, empleados, viajeros, inversionistas y otros, deben enfrentarse al riesgo y a los medios de tratarlos. Si hay certeza de que ocurrirá en un coste o pérdida, puede planearse y tratarse anticipadamente como un gasto conocido y concreto. Cuando el riesgo se convierte en un problema importante es cuando hay incertidumbre de que tal coste o pérdida ocurra. Los

⁹ Idem, pág. 138.

¹⁰ V. gr. cfr. artículo 743 del actual Código de Comercio.

seguros no cubrirán más que aquellos riesgos establecidos en el contrato y que la ley no haya excluido.

Los riesgos excluidos suelen ser los producidos por una situación de guerra, negligencia del patrón o capitán y el vicio propio de la cosa asegurada. Los riesgos más típicos que deben cubrir las pólizas son: varadura, naufragio, abordaje, incendio y otros accidentes de mar¹¹.

El asegurador es la compañía que se compromete a indemnizar al asegurado a cambio de una prima, y en caso de que tenga lugar un siniestro que cause daños en los intereses asegurados en la póliza.

Por otro lado es válido señalar que de manera general los contratos de seguro serán nulos si en el momento de concertarse la póliza no existe riesgo o ya ha ocurrido el siniestro. Sin embargo, en el seguro marítimo apreciamos la especialidad del llamado riesgo putativo, que es el supuesto en el cual el asegurador está obligado a indemnizar el daño que ya existía en el momento de concertar el contrato siempre y cuando las partes no tengan conocimiento de su existencia.

Nuestro Código de Comercio establece que el contrato será nulo cuando pueda presumirse que uno de los contratantes podría tener noticias del daño ya existente¹², debiendo probarse en ese caso el desconocimiento, pues el contrato de seguro se inspira en el principio de buena fe.

El asegurador para estos casos debe probar que el asegurado tenía conocimiento del siniestro para evitar su obligación de indemnizar y el asegurador debe mantener un criterio diametralmente opuesto, es decir, que no tenía conocimiento de la avería.

El Código establece hasta varias causas por las que los asegurados indemnizarán los daños y perjuicios de los objetos asegurados, entre los que podemos señalar la varadura, abordaje, naufragio, incendio entre otros. Como se puede apreciar, la lista es muy amplia y culmina con una cláusula de cierre que incluye cualquier otro riesgo o accidente de mar. Desde luego, algunos de ellos no tienen aplicación en el ámbito de la navegación de recreo.

¹¹ Cfr. CAORSI, YAMANDU R., "Seguro ¿marítimo o náutico?" Metromar, seguros de la mar, Disponible en www.metromar.com, marzo 2005, pág. 141.

¹² V. gr. cfr artículo 318 del Código de Comercio vigente.

A diferencia del artículo 719 que define el Préstamo a la Gruesa, el primer artículo de la sección destinada al contrato de seguros marítimos no aporta elementos a su definición, comienza con elementos formales, siendo un requisito para su validación el que conste por escrito, enumerándose además, su contenido.

Incluidos, en principio, los riesgos enumerados, los contratantes podrán estipular las excepciones que los resulten pertinentes, de ello se debe hacer mención en la póliza pues sin este requisito no surtirán efecto.100.566

4. Seguro de embarcaciones de recreo. Definición y características

De manera general la doctrina distingue como embarcaciones de recreo los objetos flotantes destinados al efecto propulsados a motor; incluidas las motos náuticas así como aquellas que carezcan de motor y tengan una eslora superior a 6 metros.

El seguro de las embarcaciones de recreo tiene por objeto cubrir la responsabilidad civil derivada de los daños materiales y personales, así como los perjuicios que sean consecuencia de ellos, que por culpa o negligencia se causen a terceros, al puerto o instalaciones marítimas como consecuencia de colisión, abordaje y demás accidentes marítimos, así como por los esquiadores y objetos que éstos remolquen en la mar.

El seguro en cuestión cubre los daños a terceros causados como consecuencia de la navegación de recreo. A diferencia del seguro marítimo tradicional, tiene naturaleza imperativa, pero ello no significa que el tomador y la entidad aseguradora no puedan pactar otras coberturas, así como ampliar el ámbito y los límites de las mismas.

El ámbito subjetivo de este seguro abarca las personas que debidamente autorizadas por el propietario de la embarcación patroneen la misma, así como aquellas que puedan arrastrar la misma hacia un lugar seguro en caso de que se lesionaren.

Llegado a este punto podríamos preguntarnos ¿si el seguro de embarcaciones de recreo puede ser considerado como un seguro marítimo puro o como un seguro de daños?. Una u otra consideración tiene una amplia relevancia desde el punto de vista de los derechos del asegurado y hasta el momento no existe una doctrina totalmente clara al respecto, ni mucho menos una norma específica que

se refiera en concreto al seguro de embarcaciones de recreo¹³. La jurisprudencia es quien va resolviendo de forma paulatina el asunto, apreciándose algunas contradicciones que traen consigo una notable inseguridad jurídica tanto para aseguradores como para asegurados, por lo que se hace indispensable determinar si ha de considerarse al seguro de embarcaciones de recreo como seguro marítimo con todas sus consecuencias.

De manera general la doctrina en materia de seguros expone una regulación destinada a buques mercantes como bien describimos al principio, por lo que muchas de las previsiones aparecen inaplicables o innecesarias para el caso de las embarcaciones de recreo¹⁴, solo resultan aplicables las disposiciones relativas a la prolongación de la navegación a puertos más remotos, la baratería del patrón y la contravención de las disposiciones administrativas.

En el primer caso debemos considerar que se trata de una exclusión análoga a la que se suele poner en las pólizas de embarcaciones de recreo, respecto a la zona de navegación, lo cierto es que en cualquier caso, a falta de una previsión geográfica, se podría considerar en embarcaciones de recreo que la zona de navegación se limita a aquella donde está habilitada la embarcación.

En cuanto a la baratería del patrón y contravención de disposiciones, a pesar de que aparecen separadas en el Código, pueden agruparse a efectos de su análisis, debido a que ambas exclusiones responden a la actuación del Capitán y de los miembros de la tripulación, el asunto está en determinar si la exclusión existe cuando se trata de actos dolosos y graves o se debe incluir también a los culposos. Si bien la doctrina es pacífica al respecto, la jurisprudencia lo ha resuelto mediante la tesis de que existe baratería y por lo tanto exclusión de indemnización cuando existe una conducta grave, fraudulenta y dolosa por parte del Capitán o la tripulación, es decir, existe voluntad de causar daño.

En nuestra revisión bibliográfica pudimos encontrar un caso en Colombia donde una sentencia puso de manifiesto el alcance de esta previsión en el caso concreto de embarcaciones de recreo. Se trataba el asunto del robo, por parte de los Capitanes de dos embarcaciones de recreo, pues se alquilaron sin Capitán siendo los pro-

¹³ V. *gr* STIGLITZ RUBEN S., Derecho...I, cit, pág 138.

¹⁴ *Idem*.

pios Capitanes los arrendatarios. Como fueron los Capitanes los que robaron la embarcación, el Tribunal consideró que en puridad existía un caso de baratería, robo por parte del Capitán y por lo tanto quedaba excluida la obligación de la empresa aseguradora de resarcir al asegurado.

En cuanto al incumplimiento de las normas administrativas consideramos que para que estas puedan alegarse como causa de exclusión, es necesario que el siniestro haya sobrevenido como consecuencia, justamente de su incumplimiento, por ejemplo, si una embarcación de recreo sale a la mar sin el correspondiente despacho; de sobrevenir un accidente no podría alegar la aseguradora la falta de despacho para eximirse de su obligación de indemnizar, a no ser que fuera esa falta de despacho la causa del siniestro, lo que es realmente improbable.

4.1 Del seguro de embarcaciones de la Sucursal Marlin S.A. Jardines del Rey

En este sentido la Empresa de Seguros Nacionales en la Sucursal Ciego de Avila brinda un seguro que está destinado a cualquier embarcación de recreo ya sea de motor o vela cuya finalidad sea el disfrute de sus usuarios.

Por su parte la Sucursal Marlin S.A. Jardines del Rey ha tomado este seguro que oferta la E.S.E.N combinándolo con un seguro de viajes que considerará actividades de alto riesgo, aquellas que comprendan la práctica habitual de deportes, inmersión, pesca en alta mar, pesca submarina, actividades subacuaticas, entre otras.

La red de ventas de Marlin S. A. al incluir estos seguros de la ESEN dentro de los servicios que oferta, implementa y opera el sistema de ventas on line. A tales efectos las agencias y marinas como tomadoras del seguro deberán cumplir las obligaciones establecidas para el control de los voucher que le serán entregados por la ESEN para la comercialización del seguro. A su vez, estos voucher serán controlados de acuerdo al procedimiento vigente para el control de los recibos de cobros y voucher establecidos en la ESEN.

En este tipo de seguros la póliza podrá comercializarse a viajeros que pretendan permanecer en Cuba hasta noventa días de viaje, para una estancia superior se requiere entonces de la compra de un seguro de gastos médicos.

Es válido señalar que para estos casos de seguro la fuerza mayor se acreditará mediante certificaciones emitidas por la Cámara de Comercio de la República de Cuba¹⁵, mientras que la carga de la prueba corresponderá a la parte que alegue las causas de exoneración.

Los seguros de viajes que brinda la Sucursal Marlin S,A en cuestión consideran como riesgos excluidos entre otros:

- a) Las prestaciones que no hayan sido solicitadas a La Aseguradora y efectuadas sin su acuerdo, así como los tratamientos y chequeos médicos que no se correspondan con la naturaleza de la enfermedad o lesión sufrida por el asegurado.
- b) Los siniestros causados por dolo del Asegurado, del Tomador del Seguro, o de las personas que viajen con el Asegurado.
- c) Los siniestros ocurridos en caso de guerra (declarada o no), manifestaciones y movimientos populares, actos de terrorismo y sabotaje, huelgas, detenciones por parte de cualquier autoridad por delito no derivado de accidente de circulación, restricciones a la libre circulación, a menos que el Asegurado pruebe que el siniestro no tiene relación con tales acontecimientos.
- d) Participación en competencias peligrosas de cualquier índole, así como los entrenamientos o pruebas, las apuestas y las consecuencias que sobrevengan de la práctica de pasatiempos peligrosos, tales como: caza, actividades subacuáticas, aladeltismo, alpinismo y paracaidismo. Esta exclusión podrá quedar sin efecto mediante acuerdo especial entre La Aseguradora y el Tomador del Seguro o el Asegurado según sea el caso.
- e) Los siniestros que tengan por causa las irradiaciones procedentes de la transmutación o desintegración nuclear o la radiactividad.

Estos contratos de seguros de viajes cubren muchas actividades de un alto riesgo, es por ello que se establece el pago de una sobrepima diaria para las personas de setenta años de edad o más y para aquellos viajeros que durante su estancia en Cuba tengan como propósito participar en actividades de alto riesgo, competencias acuáticas y pasatiempos peligrosos.

¹⁵ De esta forma se regula en el Acuerdo que establece las relaciones de trabajo Marlin S.A., Representación Territorial- U.E.B. E.S.E.N. Dirección Provincial Ciego de Avila.

Consideramos que el contrato de seguro de viajes que ofrece Marlin S.A. en el destino turístico Jardines del Rey es un contrato formal con características muy propias que agrupan cuestiones relativas tanto a la responsabilidad civil, como a la penal.

En cuanto a la responsabilidad civil la Aseguradora toma a su cargo, hasta el límite indicado en las Condiciones Particulares del contrato, las indemnizaciones pecuniarias que como civilmente responsable viniera obligado a satisfacer el Asegurado por los daños corporales o materiales causados involuntariamente a terceros en sus personas, animales o cosas. Quedan comprendidos el pago de las costas, gastos y honorarios de profesionales cuando vayan en defensa del Asegurado y sea civilmente responsable.

En caso de siniestro de Responsabilidad Civil, el Tomador del Seguro o el Asegurado no deben aceptar, negociar o rechazar ninguna reclamación sin la expresa autorización de la Aseguradora, siendo ésta solamente responsable si ha dado su consentimiento por escrito, ante cualquier responsabilidad admitida o cualquier gasto legal incurrido por el Asegurado.

Si sucediera que el Asegurado no cuenta en su poder con el efectivo suficiente para satisfacer las fianzas que puedan serle exigidas por las autoridades judiciales por imputársele responsabilidad penal en un accidente, la Aseguradora otorgará un préstamo sin recargo alguno, hasta el límite fijado en las Condiciones Particulares.

Para acceder a esta garantía, el Asegurado deberá procurar previamente un depósito a favor de la Aseguradora por quien lo represente en su país de residencia, conforme a las indicaciones que le brinde la Central de Alarma.

En lo relativo al seguro de sus embarcaciones, Marlin, S.A. tomó la oferta de la E.S.E.N por una cuestión de garantía debido a que por ejemplo le cubre los daños sufridos por averías particulares, a decir incendios, explosión del motor, así como los actos vandálicos o malintencionados producidos por terceras personas. En este sentido también se recogen los daños sufridos por la embarcación asegurada en ocasión de su traslado por carretera o ferrocarril a consecuencia de un accidente del vehículo porteador.

De esta manera, la Sucursal Marlin, S.A. Jardines del Rey brinda a todos sus usuarios un seguro de viajes sobre embarcaciones de recreo debidamente aseguradas lo que redundará en un conjunto de beneficios tanto para el cliente como para la entidad en Ciego de Ávila.

5. Consideraciones finales

El seguro es un mecanismo de transferencia de riesgos que sirve como garantía del crédito, es un factor de seguridad y un importante fondo para la inversión.

El seguro marítimo es algo más que una simple variedad del seguro, es la cuna y origen de todos los seguros hoy conocidos y está destinada su aplicación a la navegación y el comercio marítimo.

El reto más importante que tiene el mercado de seguro cubano y el órgano de control, en las condiciones actuales es el de fomentar el desarrollo del seguro en el país y para ello resultará necesario elevar aun más la cultura del seguro, por su importancia como instrumento financiero que ayuda a alcanzar objetivos económicos que redundaran en beneficios sociales.

La aceptación del contrato de seguro adopta la forma escrita mediante la póliza, la cual es emitida por el asegurador y entregada al tomador debidamente firmada.

La aceptación es una declaración de voluntad que tiene por destinatario al oferente.

El seguro de embarcaciones de recreo tiene en principio la consideración de seguro marítimo, lo que supone una libertad de pactos, la consideración de una igualdad de las partes en el proceso negociador, la existencia de una universalidad de riesgos y unas exclusiones legales de la obligación de indemnizar.

Mediante el seguro que brinda la Sucursal E.S.E.N. Ciego de Avila Marlin S.A. puede disponer de sus embarcaciones sin ninguna inquietud, debido a que cualquier accidente particular o perjuicio ocasionado al barco quedan cubiertos por este seguro y de igual forma todos usuarios que deseen alquilar una embarcación de recreo de la Marlin podrán ser objeto de un seguro de viajes que les brinda un conjunto de garantías en la práctica de actividades de alto riesgo.

BIBLIOGRAFÍA

I. Textos

ABREU FERNÁNDEZ, ALBERTO: *Fundamentos del Derecho Marítimo y Comercial*, Editorial ENPS, La Habana, 1990.

_____: *El derecho en el transporte marítimo*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2006.

BROSETAPONT, MANUEL: *El contrato de reaseguro*, Aguilar, Madrid 1961;

_____: *Manual de Derecho Mercantil*, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

CAORSI YAMANDU, R: Seguro ¿marítimo o náutico? en *Metromar*, seguros de la mar, disponible en <http://www.metromar.com>.

FARIÑA, FRANCISCO: *Derecho y Legislación marítimos*, Madrid, España, 1951.

FONTANARROSA, R: "Concepto y caracteres del contrato de seguro", *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, año III, nro. 23, 1938.

HEVIA GONZÁLEZ, R: *Manual de Seguro Marítimo*, Madrid, 1976.

JIMENEZ SÁNCHEZ, JUAN GUILLERMO: *Derecho Mercantil*, primera edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, octubre 1990.

MOSSA, LORENZO: *Derecho Mercantil*, Primera Parte, UTEHA, Argentina, Buenos Aires, 1940.

OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C.: *Derecho de contratos, Teoría general del contrato*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003.

SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO: "Ley del contrato de seguro" *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Aranzadi, Madrid, España, 1999.

STIGLITZ, R. S.: *Caracteres Jurídicos del Contrato de Seguro*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978.

_____: *Derecho de seguros*, tomo I, tercera edición actualizada, Abaledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2001.

URIA GONZÁLEZ, RODRIGO: *El seguro marítimo*, Bosch, Barcelona, España, 1940.

II. Legislación

Acuerdo que establece las relaciones de trabajo MARLIN S.A.
Representación Territorial-UEB ESEN Dirección Provincial
Ciego de Ávila.

Código de Comercio de 22 de agosto de 1885 hecho extensivo a
Cuba el 28 de enero de 1886.

Ley de Seguros Española. Editorial Tecnos.

Ley No. 59 de 16 de julio de 1987. Código Civil.

III. Sitios visitados

<http://vlex.com/vid/seguro-parte-47191828#secc15#ixzz19LS6idq6>
consultado el 29 de septiembre de 2010.

<http://www.metromar.com> consultado 26 de noviembre de 2010.

<http://www.mapfre.com/museocontenido.htm> consultado 26 de
noviembre de 2010.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/contrato/contrato.htm>
consultado 29 de septiembre 2010.

ASOCIACIONES ECONÓMICAS ENTRE ENTIDADES CUBANAS Y EXTRANJERAS

De la regulación jurídica¹

En Cuba, se estimula la inversión extranjera en las ramas y territorios donde resulte conveniente por su aporte en términos de capital, tecnología y mercado, utilizando para ese fin diferentes modalidades de asociación, tales como empresas mixtas, producciones cooperadas, acuerdos de comercialización, cuentas en participación y otras, según las regulaciones establecidas en nuestra legislación².

Esta inversión extranjera en asociación con entidades económicas cubanas está regulada en el Decreto-Ley No. 50, de 15 de febrero de 1982, denominado «Sobre asociaciones económicas entre entidades cubanas y extranjeras».

El Decreto-Ley No. 50 establece el control del Gobierno sobre las inversiones extranjeras en nuestro país, a exigir la aprobación previa, a través de una comisión ad-hoc, designada por el propio Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Como bien expone el profesor Juan Vega Vega³, Cuba se afilia a uno de los tres sistemas conocidos en el derecho comparado para la regulación de las inversiones extranjeras:

- 1) La autorización de inversiones extranjeras sin limitación alguna en determinadas esferas de la actividad económica o en regiones específicas del país;
- 2) la reserva de ciertas esferas de la actividad económica solo a los nacionales, o lo que es lo mismo, la prohibición de la inversión extranjera en determinadas esferas de la economía o en zonas específicas del territorio, y
- 3) la aprobación casuística de los negocios en que puede aceptarse la inversión extranjera.

¹ Artículo tomado del libro «LAS EMPRESAS MIXTAS REGULACIÓN JURÍDICA», del Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, publicado por la editorial de Ciencias Sociales, La Habana 1993.

² Resolución sobre el desarrollo económico del país, aprobada por el IV Congreso del Partido Comunista de Cuba, octubre de 1991.

³ Juan Vega Vega: *Comentarios a la legislación cubana sobre asociaciones económicas con empresarios extranjeros*, La Habana, 1991, p. 1.

El Decreto-Ley No. 50 exige la aprobación de cada asociación económica con intereses extranjeros, por lo que se inscribe dentro del sistema del tercer grupo antes señalado.

¿Y qué se consideran como intereses extranjeros o entidades extranjeras? Las empresas y otras entidades económicas establecidas en el exterior, estatales o privadas, dedicadas a actividades lucrativas, cualquiera que sea su forma jurídica, incluida la persona natural. Así lo establece el artículo 5 del citado Decreto-Ley.

De acuerdo con esta regulación, el elemento tipificador o punto de conexión para conferirle el calificativo de extranjero, está en el domicilio y no en la nacionalidad o ciudadanía, ya que se trata de entidades o personas «establecidas en el exterior». Es así que con independencia de la nacionalidad (si se trata de una entidad) o ciudadanía (si se trata de la persona natural), el hecho concreto de estar establecida en el exterior, que es en definitiva lo que origina que el capital o interés económico provenga «de afuera», motiva la aplicación del Decreto-Ley No. 50.

Precisa advertir que el término *establecida en el exterior*, significa algo más que mera residencia; se trata, como señala la doctrina, del concepto de domicilio, que implica no solo el hecho físico de estar, sino la intención de *permanecer*, por lo que lo integran o cualifican dos elementos: el objetivo (estar), y el subjetivo (querer estar, permanecer, al menos indefinidamente).

No es unánime esta posición en el derecho positivo, existen regulaciones sobre inversiones extranjeras en otros países en las cuales se parte del punto de conexión nacionalidad (o ciudadanía) para calificar la inversión como extranjera y hacer aplicable la ley establecida al respecto. Esta es la posición adoptada, por ejemplo, en México, donde la «Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera», promulgada el 26 de febrero de 1973⁴, en su artículo 2, al definir la inversión extranjera comprende incluso entidades nacionales, o sea, mexicanas, en las que, no obstante su condición nacional, los extranjeros participen en forma mayoritaria o tengan de cualquier forma la gestión o dirección de la empresa, por lo que a pesar de la nacionalidad de la empresa, jurídicamente nativa,

⁴ «Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera», en *Compendio Mercantil*, Estados Unidos Mexicanos, primera actualización, 1991, p. 1.L.I.E.-1

la presencia dominante o decisiva en el capital o la gestión de la compañía de los extranjeros, como tales, individualmente considerados, bien sea una entidad o una persona física, como titulares del capital extranjero, hace recaer la aplicación de la ley.

Régimen jurídico

Según dejamos expuestos al tratar sobre las clases de empresas mixtas, la legislación cubana (Decreto-Ley No. 50) reconoce las dos formas o modalidades de asociación de estos negocios conjuntos. O sea, las dos clases de empresas mixtas, genéricamente hablando: la asociación contractual y la empresa mixta propiamente dicha, aunque reserva solo para esta última el nombre de empresa mixta.

De acuerdo con la ley, la empresa mixta en Cuba adopta la forma de sociedad anónima y se rige por lo dispuesto en el convenio de asociación, los estatutos, y el Código de Comercio. Pero también forman parte de la plataforma jurídica sobre la cual descansa la regulación de las empresas mixtas, las disposiciones complementarias del Decreto-Ley No. 50, dictadas por los organismos competentes, al amparo de lo dispuesto en este; así como aquellas que forman parte de la legislación sustantiva o adjetiva que por su carácter de entidades nacionales les resultan aplicables, bien como ley personal o por vía de orden público, o sea, obligatoriamente, al ejercer sus actividades en el territorio nacional (aquellas disposiciones específicas dictadas al efecto, se relacionan en forma de fichas como anexo).

Las acciones de la sociedad anónima serán nominativas; así lo dispone el artículo 6 del Decreto-Ley No. 50. Las acciones al portador, a que se refiere el artículo 161 del Código de Comercio fueron suprimidas por el artículo 70 de la Ley No. 498, «Ley del Mercado de Valores», de 19 de agosto de 1959, para la compañías de carácter público.

Son compañías de carácter público de acuerdo con lo dispuesto en la propia Ley No. 498, las que ofrezcan valores al público; y las integradas por veinte o más accionistas y con un capital superior a doscientos mil pesos (\$ 200 000,00 M:N).

Por ello, en Cuba, las empresas mixtas y las compañías de carácter público solo pueden tener acciones nominativas.

Con respecto al régimen jurídico de las otras formas de asociación, hay abierto absoluto campo a la autonomía de la voluntad, ya que, como establece el artículo 9 del Decreto-Ley No. 50, las formas

restantes de asociación -se refiere a la asociación contractual- se instrumentan mediante contratos de asociación. El contenido de estos contratos se acuerda entre las partes en función del objetivo de la asociación.

Las partes pueden, pues, con absoluta libertad, pactar la instrumentación del negocio que hubieren acordado. La ley del contrato de asociación será, en primer término, el contrato mismo y luego la que consideren aplicable las partes, con el único requisito de la aprobación por la Comisión y, por supuesto, las exigencias del orden público.

Las empresas mixtas adquieren personalidad jurídica propia, distinta a la de los socios o partes del contrato de sociedad, como está dispuesto para las compañías anónimas; esta personalidad jurídica se adquiere con la inscripción en el Registro de Asociaciones Económicas, creado mediante la Resolución No. 6-82, de 15 de septiembre de 1982, del Presidente de la Cámara de Comercio de la República de Cuba. En el Registro, que funciona adscrito a la Cámara de Comercio de la República de Cuba, deberán inscribirse:

- * Las escrituras públicas, entre ellas las que reconocen los convenios de asociación y los estatutos de las empresas mixtas, así como sus modificaciones;
- * los contratos de asociación que instrumentan las demás formas de asociación económica, así como sus modificaciones;
- * los documentos expedidos por funcionarios administrativos, entre ellos, el que autoriza la creación de la asociación económica de que se trate, que emite la Comisión que aprueba las asociaciones económicas con intereses extranjeros;
- * documentos expedidos por funcionarios judiciales, tales como sentencias que se refieran a estas asociaciones o afecten sus intereses; en el caso de las dictadas en el extranjero, no podrán ser inscritas hasta que el Tribunal Supremo Popular, mediante *exequatur* disponga su ejecución.

También pueden ser inscritos documentos privados, acuerdos entre socios, que interesen las partes.

Régimen financiero

La legislación cubana sobre inversiones extranjeras establece un tope o límite máximo como línea general para la participación ex-

trajera en el capital de la empresa mixta, ascendente al 49%. De esta manera, la participación cubana será mayoritaria generalmente, aunque puede autorizarse una participación extranjera mayor por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Esta disposición que comentamos, contenida en el artículo 15 del Decreto-Ley No. 50, ciñe, pues, las facultades de la Comisión para autorizar empresas mixtas en las cuales la participación extranjera no exceda del 49%; las que pretendan constituirse con una aprobación extranjera mayor deberán ser aprobadas por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, aunque bien pudiera hacerlo también su Presidente, en el ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el Decreto-Ley No. 67 de 1983.

Es conveniente advertir que este límite a la participación extranjera, o sea, esta diferencia de un 2% en la cuantía de la participación en el capital (51%-49%), representa más bien una cifra política, una línea para que la inversión extranjera no sobrepase generalmente la participación cubana en estos negocios y de esta manera las empresas mixtas no solo tengan nacionalidad cubana, sino que, además, realmente representen intereses cubanos. Y decimos que se trata más bien de una cifra política, representativa, porque no sólo ese 2% significa poco en la participación posterior (tanto en la de los beneficios como en la de los riesgos), sino que, además, los instrumentos jurídicos que le dan vida pueden establecer mecanismos de control y dirección con paridad o igualdad, sin que para ello sea preciso que el número de acciones sean iguales, como veremos en el capítulo correspondiente a la dirección y gestión de la empresa mixta.

Otra cuestión interesante de este precepto lo constituye el hecho de que está circunscripto sólo a las empresas mixtas propiamente dichas, recordemos que la legislación cubana únicamente confiere ese calificativo a las que crean una nueva persona jurídica. Debe entenderse, pues, que no existe límite de participación extranjera en la asociación contractual. Por lo que cuando la *joint venture* no crea una nueva persona jurídica, los socios podrán pactar libremente su participación no en el capital, ya que no se trata de una sociedad de capital, sino en los aportes al negocio de que se trate, y consecuentemente en los riesgos que asuman y en los beneficios que recibirán.

El capital de la empresa mixta puede estar constituido por efectivo y demás bienes, incluidos el usufructo temporal de terrenos y otros

inmuebles; materias primas, materiales, herramientas y cualquier otro activo. Los aportes de los socios se valoran en moneda libremente convertible, sobre la base que se convenga por los socios.

El término demás bienes, contenido en la regulación, permite incluir en los casos procedentes, como aporte de uno de los socios, la transferencia de tecnología, mediante licencia de patentes, asistencia técnica y *know how*, que constituyen bienes de naturaleza intangible.

Según la doctrina, los bienes de naturaleza intangibles (incorpóreos o inmateriales), son creaciones de la mente humana que mediante los medios adecuados se hacen perceptibles y utilizables en las relaciones sociales, y por su especial importancia económica son objeto de una tutela jurídica especial⁵.

El precepto, es congruente, pues, con el criterio mayoritario en la doctrina y el derecho comparado acerca de que las empresas mixtas pueden constituir una adecuada vía para la transferencia de tecnología, al dejar expedito el mecanismo legal para ello.

Entre las regulaciones financieras que contiene el Decreto-Ley No. 50, se encuentra, además, la que autoriza a la Comisión a exigir al posible socio extranjero que preste una garantía, a fin de asegurar que realizará la aportación convenida, una vez aprobada la empresa mixta o el convenio de asociación, según los casos. Este precepto (artículo 16) ha sido objeto de debate entre los especialistas, incluyendo algunos extranjeros, a partir del criterio de que puede desestimular a los inversionistas al presumir que puede serle exigida la garantía⁶.

Evidentemente, el precepto está dirigido sólo a aquellos casos en los cuales la parte cubana debe necesariamente realizar una inversión previa o desestimar otra oferta que alternativamente hubiere tenido para el negocio de que se trate, casos en los cuales se justifica la exigencia de la garantía. Prueba de ello es que en la práctica no se ha exigido hasta el presente la garantía por la Comisión a ningún inversionista extranjero, y tampoco se ha producido tal desestimulación, en virtud del número considerable de ofertas para la constitución de asociaciones económicas con intereses extranjeros en nuestro país en los últimos años.

⁵ José A. Gómez Segade: *El secreto industrial (know how), concepto y protección*, Editorial Tecnos, Madrid, 1974, p. 73.

⁶ Charles Lipton, Branco Vukmir y Gómez Palacio: *Seminario de Empresas Mixtas*, La Habana, 1983.

Las empresas mixtas deben asegurar, mediante la póliza correspondiente, los inmuebles que tuvieran en arrendamiento o usufructo, bien sean instalaciones industriales, turísticas o de cualquier tipo. En igualdad de condiciones competitivas a escala internacional, las empresas de seguro cubanas tienen derecho de primera opción para suscribir éstas pólizas en concepto de aseguradoras.

Tanto las empresas mixtas como las otras formas de asociación operan en divisa, o sea, realizan los cobros y pagos que generan sus operaciones en moneda libremente convertible, para lo cual abren y operan cuentas en un banco del sistema bancario nacional.

Las empresas mixtas deberán crear un fondo o reserva para contingencia. Este fondo, de carácter obligatorio según el artículo 22 del Decreto-Ley No. 50, se forma, utiliza y liquida de acuerdo con las regulaciones establecidas por el Comité Estatal de Finanzas, que están contenidas actualmente en la Resolución No. 53-82, de 15 de septiembre de 1982. Tal obligación alcanza también a las asociaciones contractuales, por lo que las partes en éstas deberán constituir el citado fondo.

Esta reserva también puede ser voluntaria, o sea, además, de la que establece la Ley (reserva legal), pueden constituirse reservas voluntarias por las empresas mixtas y las partes en las asociaciones contractuales.

El inversionista extranjero, lo mismo en el caso de la empresa mixta que de la asociación contractual, tiene garantizado por disposición legal (artículo 23), el derecho a transferir al exterior por lo que puede ser (bien a su país de origen o a un tercer país) en moneda libremente convertible, a través del Banco Nacional de Cuba, los dividendos o utilidades netas que obtenga. Aunque el precepto no lo aclara, es posible admitir que este derecho de transferir al exterior las utilidades o dividendos puede ejercerse lo mismo parcialmente, o sea, en la medida en que se va produciendo, o de una sola vez.

Igualmente, el socio extranjero puede transferir al exterior en moneda libremente convertible, el importe del pago que reciba del socio cubano, caso que ambos acordaran transmitir a éste toda o parte de su aportación, mediante compraventa, y también en los casos de liquidación de la asociación contractual o de la empresa mixta. Quiere esto decir que parcialmente o de una sola vez, los ingresos que reciba la parte extranjera por cualquier concepto, ya sean utilidades o di-

videndos, pago por concepto de compraventa de su participación, o parte en la liquidación, pueden ser transferidos al exterior libres del pago de impuesto alguno y en moneda libremente convertible.

El artículo 24 contiene una garantía similar para el socio extranjero, cuando establece que el Banco Nacional de Cuba garantiza al socio extranjero que en caso de suspensión de las actividades de la asociación económica (bien sea empresa mixta o asociación contractual) por actos unilaterales del Estado cubano, podrá repatriar la parte que le corresponda en la liquidación. Se trata de una garantía de indemnización por actos de cualquier tipo provenientes del Estado cubano, por lo cual considero que debe interpretarse en igual forma, considerando que la transferencia al exterior es libre de todo impuesto o gravamen una vez liquidados los impuestos sobre utilidades.

Es necesario advertir que esta indemnización se produce mediante la liquidación de la asociación, por lo que no consiste en devolver al inversionista su aporte; hay que hacer balance de activos y pasivos, tener en cuenta la depreciación de los bienes, maquinarias o equipos, además de deducir los impuestos correspondientes. La parte de la cantidad resultante que corresponda al socio extranjero, podrá ser transferida, entonces, libre de impuestos al exterior.

Régimen fiscal

Las empresas mixtas están exentas del pago de impuestos sobre ingresos brutos percibidos por las empresas privadas, sobre ingresos personales, y sobre transmisión de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, que establecen la Ley 998, de 10 de enero de 1962. Igualmente exentos de estos impuestos están las partes de la asociación contractual, sus dirigentes y funcionarios.

La exención del pago de los impuestos no es total; o sea, no se trata de que las empresas mixtas y las asociaciones contractuales estén exentas del pago de todo tipo de impuestos y aranceles por virtud de la legislación que rige la inversión extranjera en el país (Decreto-Ley No. 50), ya que si bien el artículo 25 de esa norma legal establece las exenciones antes citadas, por su parte, el artículo siguiente señala aquellos impuestos que sí corresponden abonar a las empresas mixtas y demás asociaciones económicas, como los siguientes:

- * Sobre utilidades, con un tipo impositivo del 30% sobre la utilidad neta anual, de la cual se deduce la parte de las utilida-

des que se reinvierta incrementando el capital social de la empresa mixta o las aportaciones en las otras formas de asociación, así como la parte que se destine a los fondos de estimulación y a reservas legales o voluntarias;

- * sobre ingresos de los trabajadores, que es el llamado impuesto sobre nóminas con un tipo impositivo del 25% sobre la totalidad de los salarios y demás ingresos que reciban los trabajadores cubanos, excepto los que correspondan al fondo de estimulación. Este impuesto incluye la contribución a la Seguridad Social.

Las otras dos imposiciones incluidas resultan casi insignificantes: el impuesto sobre la propiedad o posesión de vehículos automotores de transporte terrestre, impuesto sobre documentos.

El precepto incluye otra obligación fiscal de naturaleza parecida, aunque no es propiamente un impuesto; los aranceles y demás derechos recaudables en las aduanas.

En la práctica, muchas de las asociaciones económicas hasta ahora constituidas han recibido el beneficio de la exención de impuestos y aranceles que autoriza el artículo 28 del propio Decreto-ley, mediante la facultad concedida al Comité Estatal de Finanzas, que puede hacer uso de ella, teniendo en cuenta los beneficios que la asociación pueda reportar a la economía nacional.

Es importante insistir sobre una cuestión: en cualquier *joint venture* -como bien señala la doctrina-, hay al menos tres partes, ya que además del socio local y el inversionista extranjero, estará siempre presente el interés del Estado donde se realiza la inversión, que recibe empleo para trabajadores nacionales, desarrollo de técnicos y especialistas, ingreso en divisas a través de los impuestos, tasas y aranceles establecidos, y otros beneficios.

Por ello, la opción de otorgar la exención del pago de impuestos y aranceles, constituye una facultad discrecional de los órganos competentes del Gobierno, en este caso del Comité Estatal de Finanzas, no negociable por las partes en la asociación económica como una alternativa más de la negociación.

Es evidente que existe la posibilidad real de la exención del pago de las obligaciones impositivas y arancelarias, pero se trata de una alternativa de flexibilidad que el Gobierno puede utilizar cuando lo considere conveniente de acuerdo con el negocio de que se trate.

Pueden, incluso, utilizarse distintas modalidades: pago total de aranceles; disminución de las tasas arancelarias diferenciadamente en el caso de determinadas zonas; exención de aranceles para los suministros durante la fase de inversión y restablecimiento en la fase de explotación, operación o comercialización; exención selectiva para algunos productos; exención total, pero sólo durante un período determinado; disminución de algunos aranceles, y otras modalidades más. Igualmente, en el caso de los impuestos, es preciso advertir, como lo han hecho ya varios especialistas, que se debe partir del análisis del negocio de que se trate, ya que en aquellos casos donde se realizan grandes inversiones, el desembolso de capital inicial es considerablemente mayor y se justifica entonces la exención o la aplicación de una tasa impositiva más baja. Para esos casos, pueden aplicarse distintos niveles en la tasa impositiva, a partir del momento o período en que se encuentre la inversión. Así, en el período de recuperación del capital, se justifica -como ya señalamos-, la exención total de impuestos o la aplicación de una tasa impositiva baja. Igualmente, en la etapa cuando comienza a obtenerse utilidades netas, puede concederse cierta disminución en la tasa impositiva, como estímulo. Sin embargo, en el resto del período de explotación se puede aplicar el impuesto establecido y sólo se justifica su disminución o exención a partir de una visión global del negocio, la necesidad de promover este tipo de asociaciones, y el beneficio que, en definitiva, pueda obtenerse para el país con la empresa mixta o asociación contractual en cuestión, y siempre luego de una valoración por el órgano competente, ajeno a las partes.

Régimen mercantil

Las empresas mixtas y las partes en las demás formas de asociación, tienen derecho a exportar su producción directamente, y a importar, también directamente, *lo necesario para sus fines*, según dispone el artículo 31 del Decreto-Ley No. 50.

Con respecto a la exportación, el precepto no ofrece dudas: pueden exportar por sí misma las mercancías o productos, de cualquier clase, resultante de su actividad. Lo que no quiere decir -como bien aclara Vega Vega-, que no puedan, si así lo deciden, utilizar para esas exportaciones a una empresa estatal de comercio exterior, solución que recomienda el citado autor cuando el volumen de expor-

taciones no es muy grande y, por tanto, no se justifica la creación de un aparato exportador⁷.

También pudieran utilizar los servicios de otras entidades establecidas en el país.

En el caso de las importaciones directas, este derecho no alcanza una facultad sin límites, sino que, como es obvio, está ceñida solo a *lo necesario para sus fines*, ya que la actividad de la empresa mixta, como toda sociedad mercantil, debe ajustarse a su objeto social; no puede, pues, importar libremente cualquier producto o mercancía, sino aquello que se corresponden con los requerimientos de la actividad a que se dedica; pues de lo contrario, a partir de las facilidades que se le brindan (que puede llegar hasta la exención de impuestos y aranceles), estaría en una situación de privilegio sobre otras entidades para realizar actividades propias del comercio exterior (importación y exportación).

En cuanto a la posibilidad de que algunos productos que pretenda adquirir la empresa mixta o asociación contractual en el exterior, deba hacerse en el país; materia que en otros países se resuelve a través de mecanismos impositivos y arancelarios, de carácter proteccionista para los productos nacionales, el Decreto-Ley No. 50 lo regula mediante un derecho de primera opción (artículo 32) a favor de las empresas estatales cubanas, sobre la base de que ofrezcan precios y condiciones competitivas a escala internacional; lo cual resulta más conveniente a la sociedad o asociación mixta, pues la primera forma tendría que pagar las altas tasas impositivas cuando importe un producto de los protegidos, mientras que en la forma regulada por la legislación cubana, podrán hacer sus importaciones libremente, salvo que a solicitud de los suministradores -y por indicación de la autoridad competente-, se le ofrecieren precios y condiciones competitivas en las operaciones siguientes:

- * Suministro de combustible, materias primas, materiales, herramientas, equipos, piezas de repuesto, accesorios y bienes de consumo;
- * compra de la producción terminada o del servicio que preste la asociación económica, y
- * transporte y seguro marítimos.

⁷ Juan Vega Vega: ob. cit., p. 10.

Por otra parte, si fuera interés de la empresa mixta vender a empresas cubanas los artículos que produzcan, gozan también, recíprocamente, del derecho de primera opción para la venta a las empresas estatales cubanas en sustitución de aquellas importaciones que se prevean hacer de países con los cuales Cuba no tenga suscrito convenio de pago y, por supuesto, sobre la base de precio y demás condiciones competitivas a escala internacional.

Las empresas mixtas y las asociaciones contractuales requieren para el desarrollo de su actividad de ciertos suministros y servicios que necesariamente deben adquirirse en el país como son: energía eléctrica, gas, agua, servicio de teléfono y teletipo, transportación y otros; además de aquellos que en virtud del derecho de opción de las empresas cubanas deban adquirirse en el territorio nacional. Por ello, el artículo 35 establece que las empresas mixtas y las partes de las demás formas de asociación son sujetos de los contratos económicos establecidos en la legislación vigente para la contratación interna en el país.

De esa forma se incorporan cuatro nuevos sujetos en la relación taxativa que contiene el artículo 2 del Decreto-Ley No.15, de 3 de julio de 1978. Uno de ellos, las empresas mixtas, lo que no plantea problema alguno ya que poseen personalidad jurídica y patrimonio propios. No ocurre así en el caso de las asociaciones contractuales, que no poseen personalidad jurídica propia, por lo que son las partes las que deberán suscribir los contratos económicos.

De esa manera, tenemos que como socio extranjero podrá concurrir una persona jurídica (entidad mercantil, sociedad o compañía, constituida con arreglo a las leyes de su país) y podrá hacerlo también una persona natural, según autoriza el artículo 5 del Decreto-Ley No. 50, para ser parte de las asociaciones económicas. Asimismo como socio cubano podrán concurrir no sólo las empresas o uniones de empresas estatales que tienen ya reconocida la condición de sujetos de los contratos económicos, sino que podrán hacerlo, además, entidades de carácter privado, como sociedades mercantiles, compañías anónimas constituidas al amparo de lo dispuesto en el Código de Comercio vigente.

En resumen, en virtud del Decreto-Ley No. 50 se incorporan como sujetos de los contratos económicos las empresas mixtas así como las sociedades mercantiles extranjeras, la persona natural extranje-

ra y las sociedades mercantiles cubanas de carácter privado, siempre que todas ellas fueren parte de una asociación contractual legalmente constituida.

Al igual que sucede con los demás contratos económicos, los conflictos que surjan en su concertación o ejecución serán de la competencia de los tribunales, una vez que ha sido extinguido el Sistema de Arbitraje Estatal, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-Ley No. 129, de 19 de agosto de 1991. En este caso, de la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular.

Régimen laboral

El régimen laboral que establece el Capítulo V del Decreto-Ley No. 50 (artículos 36 al 44) para las asociaciones económicas entre entidades cubanas y extranjeras, se sustenta en las premisas siguientes:

- * La fuerza de trabajo de la empresa mixta debe ser cubana;
- * solo determinados cargos de dirección o técnicos, en este último caso de alta especialización, podrán ser extranjeros por acuerdo de las partes;
- * la fuerza de trabajo es contratada por la empresa mixta a una empresa cubana, que puede ser la misma que participa en la asociación u otra entidad empleadora;
- * la empresa mixta paga a la entidad empleadora una suma mensual, en moneda libremente convertible, equivalente al importe total de los salarios y demás remuneraciones que debe recibir el personal cubano;
- * la entidad empleadora paga al personal cubano los salarios y demás derechos y prestaciones, incluyendo las indemnizaciones que, en su caso, hubieren dispuestos las autoridades competentes;
- * la relación contractual de los trabajadores es con la entidad empleadora; será ésta la que asuma las reclamaciones laborales de cualquier índole y la que deba enfrentar cualquier situación de indisciplina;
- * los salarios de los trabajadores cubanos serán los establecidos en la legislación laboral vigente;
- * los salarios del personal dirigente cubano estará en correspondencia con los asignados al personal dirigente extranjero, mediante acuerdo entre las partes al respecto;

- * la empresa mixta está obligada a cumplir lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección e higiene del trabajo;
- * la empresa mixta está obligada a constituir un fondo de estimulación económica para los trabajadores cubanos. La cuantía, destino y operación de este fondo se debe ajustar a las condiciones que dicte la Comisión al aprobar la asociación;
- * el personal extranjero que se requiera para los cargos de dirección o técnicos que se hubieren acordado, podrá ser contratado libremente; sus derechos y obligaciones se fijan por acuerdo entre las partes;
- * el personal extranjero está sujeto al cumplimiento de las leyes y reglamentaciones vigentes en materia de inmigración y extranjería: leyes No. 1312 y No. 1313, Ley de Migración y Ley de Extranjería, respectivamente, ambas de 20 de septiembre de 1976; decretos No. 26 y No. 27, Reglamentos de la Ley de Migración y de la Ley de Extranjería, respectivamente, ambos del 19 de julio de 1978;
- * los trabajadores extranjeros (dirigentes y técnicos) pueden remitir al exterior, en moneda libremente convertible, una parte de sus salarios según el tanto por ciento que determina el Banco Nacional de Cuba. La Resolución de No. 659, 15 de septiembre de 1982, del Presidente del Banco Nacional de Cuba fijó en el 66% de los haberes la parte que puede ser remitida al exterior; el trabajador extranjero puede también, si así lo desea, transferir a cuenta de ahorro o a depósito a plazo fijó el tanto por ciento remisible de sus haberes, que estará a su libre disposición y devengará los intereses correspondientes.

Llama la atención que las anteriores regulaciones van encaminadas a *las empresas mixtas*, con la sola excepción de aquellas que se refieren a la posibilidad de contratar los servicios de personal extranjero y al derecho de éstos para remitir al exterior parte de sus haberes, en lo que se incluye también a las otras formas de asociación. Quiere esto decir que el legislador sólo previo la participación de trabajadores cubanos en las empresas mixtas y no en las asociaciones contractuales.

En nuestro criterio, merece un análisis esta distinción. Ya vimos -al revisar la definición, características y clasificación dadas a esta insti-

tución en la doctrina-, que la mayoría de los especialistas insisten que el hecho de que se constituya o no una nueva persona jurídica es irrelevante a los efectos de considerar la asociación como una *joint venture* o empresa mixta. Pero aún los que defienden este nombre sólo para aquella empresa llamada también incorporada, o sea, la que crea una persona jurídica, coinciden en aceptar que el tratamiento en la legislación debe ser el mismo, salvo aquello exclusivo de la empresa mixta propiamente dicha, como lo referente a la existencia de un capital social, las acciones y demás regulaciones que se precisan establecer para la constitución de la nueva sociedad como persona jurídica.

En la forma como está regulado el régimen laboral para las asociaciones económicas entre entidades cubanas y extranjeras, las asociaciones contractuales pueden contratar trabajadores extranjeros y, sin embargo, no así cubanos. Pensamos que nada impide que dos empresas que se asocian contractualmente para emprender un negocio en común, puedan destinar un grupo de trabajadores atender la actividad o prestar los servicios a que se dedique la asociación. Este es el caso de negocios pequeños que no requieren la creación de una empresa mixta y que, no obstante, pueden necesitar de una modesta fuerza de trabajo.

Tal vez el criterio del legislador radique en el hecho que como la asociación contractual no posee personalidad jurídica, no existe como entidad, sino que es sólo un vínculo jurídico-económico de carácter contractual entre las partes, no debe poseer una plantilla de trabajadores, o sea, un personal cubano que labore en ella en forma estable; y, por otra parte, la necesidad de alguna fuerza de trabajo puede resolverse a partir de los propios trabajadores de la entidad cubana en la asociación a la cual seguirán perteneciendo, y la cual de esa forma aporta ese servicio a la asociación, lo que resulta en definitiva valorable y compensable en el resultado económico de la gestión. Lo cual es lógico y factible. Sin embargo, el hecho de la posibilidad legal de poder contratar fuerza de trabajo extranjera, cuyo costo sería parte de los gastos de la asociación, nos indica que de igual forma pudiera procederse en caso de necesidad de determinada fuerza de trabajo existente en Cuba y que no necesariamente pertenezca a la entidad del asociado cubano, por lo que pudiera igualmente ser contratada.

De todas formas, si bien la ley no prevé la contratación de trabajadores cubanos en la asociación contractual, tampoco lo prohíbe, por

lo que consideramos que esta situación puede ser resuelta por el Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social, lo que salvaría esta «laguna legal» que tal vez sea una de las causas por la que en ocasiones se pretende establecer una empresa mixta cuando por la naturaleza del negocio, o el término previsto para la actividad en común que se prevé, aconseja más bien constituir una simple asociación contractual.

Los negocios conjuntos y las zonas de alta significación para el turismo internacional

El turismo internacional constituye uno de los rubros más importantes para la inversión extranjera en Cuba. Por ello, el Decreto-Ley No. 50, además de establecer el régimen jurídico y las regulaciones financieras, fiscales, mercantiles y laborales a que estarán sometidas las asociaciones económicas entre entidades cubanas y extranjeras, contiene disposiciones específicas encaminadas a facilitar la promulgación y aplicación de un régimen administrativo especial en las llamadas *zonas de alta significación para el turismo internacional*.

Ya la «Ley de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales» (Ley No. 33, de 10 de enero de 1981) como su nombre lo indica, había establecido normas para la preservación de zonas importantes para el desarrollo turístico, a las que denominó Zonas de Alta Significación para el Turismo Internacional. Complementariamente, la Disposición Especial Primera del Decreto-Ley No. 50 autoriza al Comité Estatal de Finanzas, al Comité Estatal de Trabajo y Seguridad Social, y al Ministerio del Interior, a dictar regulaciones que integrarían el régimen administrativo especial, caracterizado por:

- * Régimen fiscal especial (toda o parte de la zona puede ser declarada libre de impuestos, aranceles de aduana, derechos, tasas y contribuciones);
- * régimen laboral especial;
- * régimen especial de control de orden público;
- * régimen especial de inmigración, que brinde facilidades para los trámites a través del Instituto Nacional del Turismo.

Además hay que añadir el régimen administrativo especial en materia de viviendas que establece para estas zonas el artículo 109 de la Ley General de la Vivienda (Ley No. 65, de 28 de diciembre de 1988), por lo que si la zona de alta significación para el turismo inter-

nacional, coincide con un asentamiento poblacional, las viviendas ubicadas en la zona estarían sometidas a un régimen especial.

Es de señalar que zona de alta significación para el turismo internacional no lo será cualquier zona, ni siquiera aquella donde estuvieren enclavados hoteles o instalaciones de significación para el turismo internacional; sino que lo serán las que expresamente fueren declaradas como tales por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, según lo disponen las dos leyes citadas, por lo que la aplicación de los regímenes especiales a que hemos hecho mención no se realiza de modo arbitrario en una zona de acuerdo con los intereses de un organismo determinado, sino que se requiere la declaración previa y expresa del Gobierno.

Arrendamiento a entidades extranjeras

La Disposición Especial Segunda del Decreto-ley No. 50, faculta al Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros para autorizar que empresas estatales u otras organizaciones nacionales arrienden a entidades extranjeras instalaciones industriales, turísticas o de cualquier tipo existente en el país.

Hay que señalar la diferencia con la regulación contenida en el artículo 2 del propio Decreto-Ley. En aquel se faculta a la Comisión para autorizar la entrega en arrendamiento, o como aporte de capital, de terreno o instalaciones a las empresas mixtas. En esta disposición se trata de arrendamiento de instalaciones a empresas o entidades extranjeras. Por eso reviste una gran importancia, ya que facilita o permite que una entidad extranjera se establezca en el país, arriende instalaciones y, además, contrate fuerza de trabajo.

Esta disposición puede servir para suplir o complementar la regulación contenida en el Capítulo V, que establece el régimen laboral de las empresas mixtas, que no prevé la contratación de fuerza de trabajo por las otras formas de asociación. Al autorizar el arrendamiento de instalaciones y la contratación de fuerza de trabajo por entidades extranjeras, se posibilita tanto que estas puedan hacerlo cuando participan en una asociación contractual con entidades cubanas, como cuando se les autorice la realización de una actividad por si solas. Las condiciones del arrendamiento las fijan el propio Comité Ejecutivo del Consejo de Ministro al otorgar la autorización. La norma concluye señalando que no se aplican a estos arrendam-

mientos las disposiciones legales vigentes sobre arrendamiento de bienes. Señalamiento que en la misma forma contiene el artículo 3, al referirse a los arrendamientos que realicen las empresas mixtas.

Resulta evidente que la redacción de ambos preceptos no es suficientemente clara, ya que se presta a dudas acerca de si se refiere sólo a las disposiciones del derogado Código Civil español, o sea, las que estaban vigentes al momento de dictarse el Decreto-ley, o si se trata de excluir la aplicación de la legislación civil común, en general. La primera interpretación permite aplicar a estos arrendamientos las disposiciones del actual Código Civil, promulgado con posterioridad a la formulación del precepto. La segunda interpretación, sostenida por Vega Vega⁸, hace inaplicables las regulaciones del Código Civil.

Consideramos que, efectivamente, la intención del legislador fue sustraer de la legislación civil común el régimen jurídico de estos arrendamientos, y que no se trata de un problema de aplicación de la Ley en el tiempo, para lo cual se hubiera utilizado una disposición transitoria.

Sin embargo, teniendo en cuenta la promulgación relativamente reciente de un nuevo Código Civil, así como el contenido de las regulaciones sobre el Contrato de Arrendamiento (artículos 389 al 395), pienso que tal vez hubiera resultado útil aplicarlas. Recuérdese que por muy detalladas que sean las regulaciones de un contrato -en este caso las que fije la Comisión o el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros-, siempre ha de resultar necesario acudir a un ordenamiento material sustantivo como soporte legal de aplicación, para la interpretación de los términos utilizados, para su aplicación en todo aquello no previsto en el contrato; y que aún en los llamados contratos autonormativos es menester, a diario, acudir a la legislación sustantiva en forma complementaria o supletoria.

⁸ Ídem, p. 15.

DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y VIOLENCIA FAMILIAR¹

Distinción entre derecho patrimoniales y extrapatrimoniales. Ubicación

Los derechos subjetivos civiles se dividen en patrimoniales o extrapatrimoniales, dependiendo de que tengan un contenido económico en sí mismo, es decir, según sean o no susceptibles de apreciación económica. El hecho de que algunos derechos no acepten ser cuantificados económicamente no implica que sean menos valiosos para la vida de los individuos. Por el contrario, si decimos que en esta categoría de derechos extrapatrimoniales hallamos a los derechos de familia y a los derechos personalísimos, se observa fácilmente la trascendencia del respeto a los mismos para que ostente dignidad la vida de las personas.

Los derechos patrimoniales se clasifican en reales, personales o creditorios e intelectuales. Los reales devienen de las relaciones de los sujetos con las cosas, las personales refieren a las obligaciones que las personas asumen respecto de otras, consistentes en dar, hacer o no hacer algo, y los intelectuales son los que adquieren. En su faz patrimonial, los autores de una obra científica o artística y que pueden explotar económicamente.

En cuanto a los extrapatrimoniales, encontramos por un lado a los derechos de familia y por otro a los derechos personalísimo. En este trabajo desarrollaremos algunas cuestiones acerca de estos últimos, e intentaremos esbozar algunos puntos de contacto entre ellos y la rama del Derecho de Familia consistente en la materia de la violencia familiar.

2. Denominación

La denominación misma de estos derechos ha evolucionado con el tiempo, luego de los iniciales «derechos en la persona» y «derechos sobre la persona», justamente criticados por la impropiedad de los términos en y sobre, que no reflejan con claridad lo que más quieren decir, que es la ubicación del objeto de estos derechos. Lue-

¹ Este artículo ha sido tomado del Libro Violencia Familiar. Impreso el 7 de junio del 2002 en los talleres gráficos de IMPRENTA LUX.S.A., H YRIGORYEN, 2463, SANTA FE, del Autor: Alejandro Marcos Azvalinsky, Abogado. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL.

go se acuño el más correcto «derechos de la personalidad», que refleja el característico rasgo de estos derechos consistentes en que es titular de ellos por el solo hecho de ser persona, de poseer personalidad, y no hace falta más que eso para adquirir la titularidad de los mismo. Un paso más se dio al llegar a la denominación «derechos personalísimo», que busca expresar el grado máximo de relación de estos derechos con el ser persona, y lo esencial que resulta su titularidad, con su correspondiente tutela jurídica, para el desarrollo de los seres humanos.

3. Noción y naturaleza jurídica

Los derechos personalísimo son una categoría de derechos que tienen como especial carácter distintivo, en relación con todos los derechos, que son innatos. Llambias los define exclusivamente a través de este carácter. Dice que son «derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad»². Es decir, a través de ese único carácter, que es que son innatos, e ya define el contenido de los derechos personalismo. Ha habido una posterior evolución de la doctrina, y los autores enumeran otros caracteres que lo terminan de definir³, pero este es el fundamental: todas las personas los tienen desde su concepción, la cual -como seguimos rigiendo por un código que fue redactado en la década de 1860- solo fue prevista por nuestro codificador como posible en el seno materno. Actualmente las posibilidades se amplían por todas las opciones que aparecen con la fertilización asistida. «El reconocimiento del embrión como persona humana desde el momento de la concepción, ya sea en el seno materno o en la probeta, es el criterio jurisprudencial y legislativo que, sobre la base de los progresos de los conocimientos biológicos, tienden a prevalecer en el Derecho Comparado»⁴.

Estos derechos son protegidos desde la concepción de una persona. No requieren, como cualquier derecho que no sea personalísi-

² LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, 17 ed., Perrot, Buenos Aires, 1997 t.I, p. 245.

³ Ver CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 175 y ss. ; RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 22 y ss.

⁴ FERRER, Francisco A. M., *Procreación asistida. Panorama jurídico*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995, p. 51.

mo, ningún otro elemento adicional. Los derechos que se adquieren por el estado de hijo, por ejemplo, que también se tiene en el seno materno, devienen de ser persona, de estar concebido, pero demás requieren un vínculo familiar. Los derechos de personalísimo, en cambio, derivan solamente del hecho de ser persona. Esa es la particular característica que tiene, la más distintiva.

Además son vitalicios, eso quiere decir que no pueden perderse en ningún momento de la vida de la persona; el único modo de desaparición de estos derechos es por la muerte de su titular.

Ya mencionamos que son extrapatrimoniales, y son también de objeto interior, esto quiere decir que protegen «manifestaciones idealmente captadas de la unidad compuesta que es el hombre»⁵, sin que su objeto sea el hombre en sí mismo. No nos detendremos en los restantes caracteres mencionados por la doctrina citada, por el objeto de este trabajo. Si mencionaremos que en un reciente artículo Cifuentes prioriza como definitorios de los derechos personalísimos los caracteres de innatos, vitalicios, esenciales y de objeto interior⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, como referencia hoy histórica, cabe mencionar que en nuestra doctrina nacional un destacado autor le negó a estos derechos subjetivos la calidad de tales. Alfredo Orgaz -que no fue el único en sostener esta posición- argumento que estos pretendidos derechos no son y que carecen de objeto, a menos que admitamos que la persona misma puede ser objeto de derechos; no tienen sujeto pasivo, es decir que serían derechos sin sus correlativos deberes jurídicos en cabeza de otro sujeto, y finalmente no son susceptibles de adquisición, modificación, transferencia o extinción salvo por la aparición o la desaparición de una persona del mundo. Por estas razones en los denomino «presupuestos jurídicos de la personalidad».

Las respuestas que recibió Orgaz por parte de la gran mayoría de la doctrina -Borda, Llambias, Cifuentes, etcétera-, que no compartió su opinión acerca de la naturaleza jurídica, se puede resumir del siguiente modo:

⁵ CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, 2 ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 47.

⁶ CIFUENTES, Santos, *Bases para una teoría de los derechos personalísimos*, en *Derecho Privado*, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi7, Buenos Aires, 2001, p. 229.

1. Estos derechos si poseen un objeto distinto del sujeto, y aunque sea un objeto interior al mismo no es el sujeto en sí, sino «determinadas manifestaciones de la persona de la sociedad admite y apoya en forma muy señalada, como la libertad, el cuerpo, la salud, el honor, etcétera» (Cifuentes) o «el goce de esos bienes primordiales de la vida que deben quedar al margen del atentado de los demás [...] el conjunto de ventajas o beneficios de orden espiritual que obtiene el sujeto de respeto por los demás con relación a su vida, su honor, su libertad, etcétera» (Llambias).

Por otra parte, señala acertadamente Borda que el hecho de que una persona pueda verse privada de estos bienes -en forma temporal o permanente, agregamos, como mediante la esclavitud, hoy combatida por los modernos ordenamientos jurídicos pero aun no desaparecida, que por otra parte fue práctica generalizada en otros tiempos- muestra con claridad que el objeto es separable del sujeto.

2. Estos derechos tienen en su estructura su correlativo deber jurídico, que recae sobre todos los integrantes de la sociedad, tal como sucede, por ejemplo, en el derecho de propiedad. Ese es el carácter absoluto de estos derechos, que se ejercen erga omnes.
3. Que no sean susceptibles de adquisición, modificación, transferencia o extinción (lo que se llama las vicisitudes de la relación jurídica) es una particularidad de estos derechos originada en la lógica innegociabilidad de tales bienes primordiales para la vida de las personas.

II. Clasificación

1. Derechos relativos a la integridad física

Dentro de este primer grupo encontramos:

- a) *El derecho de vivir*, que es el primero y más importante que tiene toda persona. Hablamos no de derecho a la vida, porque terminológicamente esto implica una expectativa de obtener algo, sino de derecho de vivir, que refiere mejor a la prestación de conservar la propia vida que ya se tiene. Es el derecho a defender la propia vida de ataques, conservarla y gozarla (Cifuentes). En virtud de el nuestro ordenamiento jurídico conde-

na civil y penalmente el homicidio, el aborto, el duelo, la instigación o ayuda de suicidio -el cual, por otra parte, es impedi- ble por la fuerza-, e incluye como factor indemnizatorio el va- lor vida, entre otras disposiciones. Aquí se plantea las cuestiones relativas al homicidio, al aborto, al duelo, a la insti- gación o ayuda al suicidio y al abandono de persona.

- b) *El derecho al cuerpo, también llamado derecho a la salud o a la integridad física propiamente dicha* -aunque hay quienes los distinguen, la índole del presente no justifica ese desa- rrollo-, que lo que protege es el cuerpo humano, es el dere- cho a obtener y preservar la salud y el propio organismo en su completitud. Temas dilemáticos en esta área son los relativos a trasplantes de órganos, tratamiento e interven- ciones quirúrgicas, consentimientos informados y la negati- va a transfusiones sanguíneas que se plantean frente a Tes- tigos de Jehová, tanto adultos como menores. No existe una teoría general de los actos de disposición del propio cuerpo, donde reciban tratamiento estas cuestiones.
- c) *El derecho a disponer el destino del propio cadáver*: los dere- chos personalísimos son vitalicios pero su ejercicio puede pro- yectarse en el tiempo. La persona puede disponer de lo que serán sus restos y se debe respetar lo que en vida decidió. Así puede -por ejemplo- ser o no donantes de órganos post mor- tem, y esa decisión puede ser revocada de la persona sobre el destino de sus restos, su familia debe manejarlo según sus costumbres, conversando el debido respeto por las conviccio- nes religiosas que hubieran distinguido al difunto.

2. Derechos de Libertad

En un segundo lugar encontramos los llamados derechos de li- bertad, que no son subclasificados pero que admiten variadas ex- presiones, desde la libertad de trabajar de enseñar y aprender, de profesar un culto, hasta la libertad ambulatoria.

Se protege la autodeterminación de los seres humanos. Se lo hace mediante disposiciones contenidas en la Constitución y los códigos (arts. 14, 15, 17, 18, 19, 531, Cód. Civ., etc.). Se extiende a todo lo no prohibido. De la propia parcial. El artículo 531 del Código Civil hace una enumeración de condiciones «especialmente prohibidas» como

la de mudar o no de religión, casarse con determinada persona o no casarse con determinada persona o no casarse, etcétera, que resulta de interés para observar como el ordenamiento jurídico protege las libertades de las personas, limitando incluso la posibilidad de disposición de la propia libertad.

3. Derechos relativos a la integridad espiritual

- a) En primer lugar encontramos aquí el derecho al *honor*, que es dividido en el honor subjetivo y el honor objetivo, es decir en la propia estima que una persona tiene como honor subjetivo y en la fama que una persona ha adquirido en una persona ha adquirido determinada sociedad con el transcurso de los años y de la actividad que desarrolla como honor objetivo. El honor, en sus dos acepciones, es protegido por los Derechos Penal y Civil.
- b) El derecho a la *imagen*. Que tiene una protección autónoma. La imagen de una persona no puede ser puesta en el comercio sin su consentimiento, y el consentimiento dado solo sirve para la ocasión para la cual fue dado; una vez terminada esta, ya no hay derecho a disponer de la imagen ajena. «La imagen es la representación física de una persona» (Cifuentes). Lo corriente es que al lesionarse la imagen se lo haga junto al derecho a la intimidad o al honor, pero no es requisito esa simultaneidad para que se vulnere el derecho a la imagen de un sujeto. La Ley 11.723 de 1933 protege la imagen y refiere a la fotografía. Hoy se extiende analógicamente a otros medios tecnológicos que pueden para poner su imagen de alguien. Exige el consentimiento de la persona para poner su imagen en el comercio, para publicarla, pero esto cede ante acontecimientos de intereses públicos (por ej., identikits), actos desarrollados en público, o si la reproducción es con fines científicos, artísticos, didácticos o culturales
- c) El derecho a la *intimidad*, que es el derecho a mantener un cierto ámbito de la propia vida a la margen de la injerencia de extraños. También llamado " (Lambías), es el derecho a vivir independiente la propia vida, reduciendo el entrometimiento ajeno al mínimo posible. Busca proteger la vida privada de las personas. La Ley 21.173 agrega el artículo 1071 bis al

Código Civil protegiendo la intimidad de las personas de entrometimientos arbitrarios como una variante de abuso del derecho. Según este, el juez debe hacer cesar en sus actividades y condenar a pagar una indemnización al culpable, mas, eventualmente, ordenar la publicación de la sentencia. Como se ve, el tema guarda estrecha relación con los derechos al honor y a la imagen.

- d) El derecho a la identidad: la *identidad* personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a una persona en sociedad, que hacen que sea esa persona y no otra. Se busca el respeto de la condición única e irrepetible de cada persona. Se ha dicho que "La dignidad del ser humano radica en que siendo todos los seres humanos iguales, no existen dos personas idénticas. Cada uno es quien es, singular, único, irrepetible. Ello es posible en tanto el ser humano es libre de proyectar y realizar su vida. La identidad es un derecho indesligable de los derechos a la vida y a la libertad. Ellos constituyen el trípode sustentario de la propia dignidad. La dignidad sufre grave e irreparable menoscabo si se lesiona alguno de tales cardinales derechos. La identidad es, por ello, una exigencia existencial, un derecho natural, más allá de su reconocimiento por el derecho positivo"⁷.

Este derecho tiene una de sus vertientes las cuestiones de familia, cuando se busca establecer la filiación de un sujeto en un procedimiento en el que está interesado el orden público, y cuando se le facilita a la persona adoptada el conocimiento de su filiación de origen. En este sentido, el artículo 328 del Código Civil -incorporado por la Ley de Adopción 24.779/97- reconoce el derecho al adoptado de acceder personalmente al expediente de su adopción, una vez que sea de 18 años.

Con las posibilidades que brinda la inseminación artificial surgen nuevos inconvenientes en cuanto a la filiación de las personas traídas al mundo mediante esos procedimientos.

El Decreto 1745/2001 de reglamentación de la Ley provincial de Violencia de Santa Fe dispone expresamente: "Se considera com-

⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *una excelente sentencia sobre un caso de intersexualidad*, en HOOFT, *Bioética y derechos humanos...* cit., p. 271.

prendida (...) la negativa a brindar información sobre la identidad de una persona por parte de un familiar o presunto familiar”.

Un aspecto central del derecho personalísimo a la identidad, como es el conocimiento de la pertenencia a una familia, es resaltado por Bertoldi de Fourcade: “desde el punto de vista jurídico el origen biológico se relaciona con dos cuestiones de fundamental trascendencia.

Tales son la tutela del derecho personalísimo a la identidad y (...) El derecho a la identidad se vincula al amplio campo que puede revestir el “ser uno mismo” (identidad sexual, política, social, etc.) tanto en el conocimiento interno como en el conocimiento y opinión de los terceros; esto incluye, como señalo oportunamente De Cupis, el aspecto de la pertenencia a una estirpe”.

Otra vertiente de este derecho es la relacionada a la identidad sexual. Frente al silencio de la ley y la obligación del juez de fallar, desde la pasada década hasta la fecha han surgido fallos muy interesantes en cuestiones de hermafroditismo y transexualidad.

- e) Y por último, el mas nuevo que se ha individualizado es el derecho a la *protección de los datos personales*, que refiere a la aparición de la informática y los posibles daños que se podrían producir a través de la divulgación indiscriminada de datos personales privados de los individuos, lo que se llaman los datos sensibles de la persona, cuya divulgación podría no estar consentida por la propia persona que es la titular o portadora de los datos.

El tratamiento de los derechos relativos a la integridad espiritual lo realiza el proyecto de Código Civil de 1998 a partir de su artículo 105, haciendo girar la estructura en torno de la defensa de la dignidad personal.

2. Derecho sobre la integridad espiritual

- a) *Derecho al honor*

La ligereza con que las empresas periodísticas suelen publicar nombres, fotos y datos personales de personas supuestamente vinculadas a hechos ilícitos suele atentar contra el honor de estas personas, mas de una vez construido con el esfuerzo de años e injustamente dañado, hecho que se demuestra judicialmente largo tiempo después y en que el daño devino irreparable. En mi opinión, estamos acostumbrados a tolerar estos apresuramientos periodísticos

-y los «juicios» que realizan u organizan estos hombres públicos- porque hay una cierta coincidencia de la sociedad acerca de lo siguiente: a determinados personajes ligados al poder no hay otra forma de lograr llevarlos a los tribunales (único ámbito donde se realizan los juicios en democracia) que por investigaciones impulsadas por los medios. De ahí que se les toleren ciertos excesos y abusos. Es deber de estas empresas ir aumentando su seriedad y prudencia en lo que públicamente expresan.

b) *Derecho a la identidad*

Cuando hablamos del derecho a la salud hicimos referencia a supuestos relacionados con la identidad familiar de la persona y a la norma incluido en el decreto de reglamentación de la Ley santafesina de Violencia Familiar. Ahora veremos cuestiones relativas a la identidad sexual de las personas a través del comentario de dos sentencias.

1. Un fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Nicolás⁸, de 1994, hizo lugar a dos pedidos que le formulan una persona afectada de *seudhermafroditismo* congénito: que se le autorice la realización de una intervención quirúrgica que corrija su disformismo congénito y que se ordene las rectificaciones documentales necesarias para adecuarlas a su sexo. Se trataba de una persona con genitalidad indefinida, carente de aptitud copulativa, a quien anotaron como sexo masculino a su nacimiento en razón de sus genitales esbozados. No se trato de un transexual que pretendiera escapar de su sexo definido por sentirlo como impropio considerarlo un error de la naturaleza, sino de una persona sin sexo definido y que para el Derecho ostentaba uno que ella no sentía, aparte de ser el opuesto a aquel por el cual era conocido socialmente. Registraba tres intentos de suicidio. Tenía aspecto femenino. Se presentaba en búsqueda de superar su ambigüedad. El tribunal considero que "el sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales" y correspondía atender la petición de definir la identidad. Así autorizo la intervención quirúrgica y ordeno las rectificaciones documentales. Tanto Cifuentes como Rivera comentaron favorablemente el fallo. Posteriores sentencias sobre

⁸ CCom. de San Nicolás, 11-8-94, «C., L. J». , J. A. del 14-6-95, ps. 32 y sus., con notas de Santos Cifuentes y Julio Cesar Rivera.

pedidos similares siguieron esta orientación. Cabe citar como ejemplo la causa "M.M.A. s/ Acción de amparo", resuelta el 6 de noviembre de 1997 por el doctor Pedro F. Hoff⁹, en cuyos considerandos se dijo que "El llamado derecho a la identidad sexual debe ser encuadrado en el "derecho a la identidad" en sentido amplio. Por cuanto existe en la persona humana un evidente e insoslayable interés existencial, dado que la sexualidad se manifiesta en todas las actividades del ser humano e identifica a este socialmente.

2. El otro que mencionare aquí es un caso conocido, el de Mariela Muñoz, transexual, cuya identidad original era Leonardo Muñoz. Esta persona adquirió una gran popularidad en 1993, cuando recibió una condena penal de un año de prisión en suspenso por haber anotado como propios a tres menores que cuidaba. El sentimiento de la maternidad es muy fuerte en Mariela, quien crió diecisiete chicos y hoy posee decenas de "nietos" y "bisnietos". Muñoz se sometió a una operación en Chile en 1981, donde adoptó la morfología externa a su sexo psicológico

El juez José Luis Dreyer de Quilmes, basándose en la irreversibilidad de la situación y normas antidiscriminatorias nacionales e internacionales, así como en el derecho a la identidad "que esta mas allá del Código Civil", ordenó al registro Civil cambiar el nombre de Leonardo por el de Mariela y la asignación sexual masculina por la femenina. El fallo, innovador, ha recibido elogios por parte de psicólogos, filósofos, sociólogos y hombres del Derecho.

En lo referente a identidad sexual la Comisión I de las referidas XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se pronunció del siguiente modo: "11 (*lege lata*). Posición A. Debe reconocerse el derecho vigente no cabe aceptar la legitimidad de las denominadas operaciones de cambio de sexo (minoría). 6 (*lege ferenda*). Transexualidad. Posición A. Debe derogarse el artículo 19, inciso 4 de la ley 17.132 y adecuarse el resto de la normativa vigente, de suerte de dar mayor viabilidad a las denominadas operaciones de cambio de sexo (mayoría). Posición B. Puede admitirse que el transexual genuino pueda cambiar su nombre en el documento de identidad, siempre con las exigencias de que no tenga matrimonio anterior vigente, ni

⁹ HOOFT, *Bioética y derechos humanos...* cit., p. 276.

hijos matrimoniales o extramatrimoniales, y previa intervención judicial (minoría).

1. Derechos relativos a la integridad física

La gran mayoría de la población víctimas de violencia física está integrada por mujeres, según estadísticas aportadas en otros trabajos de esta obra. Si bien los daños inferidos a la integridad física de las personas tienen generalmente su mayor incidencia en cuanto al daño psicológico derivado, en muchos casos la violencia física es tal que la enorme gravedad surge de ella sola, como cuando se producen lesiones graves o muerte de la víctima de los malos tratos.

2. Derechos de libertad

Seguiremos al doctor Boggiano en el desarrollo de algunas cuestiones particulares:

1. *Consentimiento matrimonial.* En nuestro Derecho-como en la mayor parte de las legislaciones modernas-el consentimiento matrimonial es, junto con la diversidad de sexos, uno de los requisitos intrínsecos esenciales del matrimonio.

Sin embargo, ha sufrido una evolución histórica en la cual las formas de raptó, matrimonio por compra y matrimonio por consentimiento han sido pasos sucesivos.

El *matrimonio por raptó* se fundaba únicamente en la superioridad física masculina. Su existencia parece indudable por los vestigios ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer (India) y, asimismo, en algunos países de cultura occidental en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar.

La forma del *matrimonio por compra* supone un primer paso en la elevación del rango de la mujer que se convierte en cosa valiosa que sus padres negocian pero sin dejar de ser todavía cosa. En esta etapa del matrimonio era precedido por una convención entre los futuros padres de la novia -o quienes tuviesen la patria potestad sobre ella- y el novio.

1. *Autoridad marital.* Una de las consecuencias del matrimonio fue la adquisición por parte del marido de cierta autoridad o potestad sobre la mujer.

En el Derecho Romano a esa potestad se la denominó *manus*, con la particularidad de que en algunos casos (matrimonio *cum manum* si era *sui iuris*) la ejercía el marido y en otros (si era *sine iuris*) la ejercía el *paterfamilias*.

Entre los germanos se denominó *mundium* y tenía caracteres más rigurosos que la *manus* romana.

En el antiguo Derecho francés se combinaron ambas instituciones, dando origen a la potestad marital con el añadido del deber de protección del marido y de obediencia de la mujer.

Derecho Argentino. El Código Civil dio un paso adelante respecto al Código de Napoleón, pues no incluyó en su texto el deber de obediencia de la mujer. Sin embargo, estructuró un régimen de potestad marital, basado en la incapacidad de hecho de la mujer casada, la administración de sus bienes por el marido y la imposibilidad de trabajar sin licencia expresa o tácita del marido.

La reforma del año 1926-(Ley 11.357) modificó ese orden de cosas de manera que desde entonces pudo considerarse desaparecida la potestad marital. Sin embargo, el carácter del jefe del hogar o de familia del marido, aunque no expresado en los textos legales, continuó existiendo como resultado del derecho de decisión -una de cuyas aplicaciones era la facultad de fijar la residencia conyugal- y del de administrar y disponer de los bienes gananciales cuyo origen no se pueda determinar.

La Ley 23.515 suprimió el derecho de decisión del marido pero mantuvo, sin embargo, la disposición referente a la administración de los bienes gananciales de origen dudoso.

2. *Nombre de la mujer casada.* Es costumbre generalizada en nuestro país agregar al apellido de la mujer casada el del marido unido por la preposición *de*. En otros países la costumbre consiste en el directo reemplazo del apellido propio por el del marido.

Derecho Argentino. Evolución. Con la sanción de la Ley 18.248 se consagra el criterio según el cual la mujer, al contraer matrimonio, tiene el deber de añadir a su apellido el de su marido precedido por la preposición *de*, con la salvedad de que "si la mujer fuese conocida en el comercio, industria o profesión por su apellido de soltera, podrá seguir usándolo después de contraído el matrimonio para el ejercicio de esas actividades".

La Ley 23.515 modifico el criterio, quedando redactado el artículo en los siguientes términos: "Sera optativo para la mujer casada, añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición de."

3. *Domicilio de la mujer casada.* Conforme al texto originario del Código Civil (art. 90, inc.9, primera parte), "La mujer casada tiene el domicilio de su marido, aun cuando se halle en otro lugar con licencia suya ". Aunque el Código consideraba a la mujer como un incapaz relativo, se entiende que el fundamento en la disposición se hallaba en el deber de convivencia y en el lugar de la mujer de seguir al marido a dondequiera que este fijase su residencia.

Ley 23.515. Esta Ley derogo el artículo 90, inciso 9 del Código Civil y agrego en el artículo 200: "Los esposos fijaran de común acuerdo el lugar de residencia de la familia".

Aún se observa en el artículo 89 del Código Civil la redacción original en cuanto al domicilio de origen; este establece que "es el lugar del domicilio del *padre*, en el día del nacimiento de los hijos".

También subsiste la distinción en el inciso 8 del artículo 90 (uno de los supuestos de domicilio legal, que trata del domicilio de las personas que habitan en casa de sus patrones atribuyéndoles ese domicilio como legal, salvo "la mujer casada, que, como obrera domestica habita otra casa que la de su marido", sin prever similar excepción respecto del hombre casado que "habita otra casa que la de su esposa".

4. *Capacidad.* El Código Civil argentino, siguiendo en esto las ideas imperantes de la época, incluyo a la mujer casada entre los *incapaces de hecho relativos*, sujeta a la representación legal del marido. Así, estaba vedado a la mujer casada la celebración de actos jurídicos sin la venia marital, sin ese requisito no podía aceptar donaciones, aceptar o repudiar herencias, pedir la partición de herencias, admitir la partición pedida por otros, ser albacea o estar en juicio. La venia marital podía ser revocada al arbitrio del marido de venia afectaba los actos de la mujer de nulidad relativa, alegable por ella, por el marido y por los herederos de uno y otro. Por otra parte, se establecieron incapacidades de derecho, aun tratándose de mujer soltera o viuda, para ser tutora, curadora o testigo en instrumentos públicos. La Ley 11.357 estableció la total capacidad de la mujer mayor de edad soltera, viuda o

divorciada. Con relación a la mujer casada mayor de edad, no derogo expresamente su incapacidad sino que hizo una enumeración de los actos que podía realizar sin venia marital ni judicial. La ley 17.711 de 1968 suprimió las incapacidades que todavía pesaban sobre la mujer casada.

5. *Fiscalización de amistades.* Según autorizada doctrina en materia de Familia, este supuesto únicamente cabe cuando se trate de personas que representen un peligro para el hogar o cuando la relación con ellas implique una injuria para el conyugue. "El derecho de negar la entrada al hogar a algunas personas también parece justificado, siempre que no se trate de una actitud arbitraria, especialmente cuando se trate de parientes del otro conyugue."
6. *Débito conyugal.* Para muchos autores, sigue siendo imposible la noción de violación por el esposo, ya que ella estaría siempre legitimada por el débito conyugal. En este sentido podemos mencionar un artículo relativamente reciente en el que dijo: "La obligación de prestaciones sexuales en el matrimonio plantea problemas. No es necesario para la legislación penal el consentimiento de la esposa ante su marido. Si hay lesiones el delito es ese, pero no violación, por el contrato significativo del débito conyugal"¹⁰.

¹⁰ ACHAVAL, Alfredo, *Las modificaciones al artículo 119 del Código Penal efectuados por la Ley 25.087: «Delitos contra la integridad sexual»*, en J.A. del 15-9-99, p. 7.

TRIBUNAL SUPREMO POPULAR

*Lic. Caridad M. Fernández González,
Secretaria del Tribunal Supremo Popular*

CERTIFICO: que el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en sesión extraordinaria celebrada el día seis de diciembre del año dos mil diez, adoptó el Acuerdo que es del tenor siguiente:

POR CUANTO: Mediante la Instrucción No. 187, aprobada por este propio órgano en sesión ordinaria celebrada el día veinte de diciembre del año dos mil siete, se implementó de manera experimental algunas modificaciones en determinados aspectos de la práctica judicial en los procesos vinculados al Derecho de Familia, que sin contravenir las normas vigentes, permitieran comprobar y validar anticipadamente cuestiones novedosas que pudieran incorporarse al ordenamiento procesal en vigor, conforme reclama la modernización del proceso civil, a los efectos de perfeccionar su efectividad a tenor de las actuales tendencias, con plena observancia de las garantías de aquellos que intervienen en los procesos.

POR CUANTO: La mencionada experiencia comenzó a implementarse a partir del tres de enero de dos mil ocho por jueces especializados en asuntos de familia en los Tribunales Municipales Populares de Guanabacoa y Placetas, extendiéndose luego de manera gradual a otros tribunales especialmente seleccionados al efecto y en atención a los satisfactorios resultados que se observan hasta el presente, por lo que resulta aconsejable autorizar su aplicación por los restantes tribunales en los asuntos que directamente conciernen al Derecho de Familia.

POR TANTO: En uso de las facultades que le están conferidas a tenor de lo preceptuado en el artículo 19, apartado 1, incisos h) y r) de la Ley No. 82, De los Tribunales Populares, el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular adopta el siguiente:

ACUERDO No. 280

PRIMERO: Constituir Secciones en los tribunales municipales populares que seguidamente se relacionan, a los efectos de conocer en lo sucesivo de los procesos concernientes al Derecho de Familia

a tenor de las disposiciones contenidas en la Instrucción No. 187 de este Consejo de Gobierno, de manera que se extienda su aplicación a todo el país.

Creación de Secciones de Familia en cada uno de los tribunales municipales populares de las provincias de:

- * Pinar del Río.
- * Matanzas.
- * Cienfuegos.
- * Villa Clara.
- * Sancti Spíritus.
- * Camagüey.
- * Santiago de Cuba.
- * Guantánamo.

En la provincia de Ciego de Avila se constituirán las Secciones de Familia siguientes:

- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Primero de Enero, que atenderá además los asuntos de esa clase que se conozcan por el Tribunal Municipal Popular de Bolivia.
- * Sección de Familia constituida en el Tribunal Municipal Popular de Morón, que atenderá además los asuntos de esa clase del municipio de Ciro Redondo.
- * Secciones de Familia en los Tribunales Municipales Populares de Ciego de Avila, Chambas, Florencia, Majagua, Venezuela y Baraguá.

En la provincia de Las Tunas se constituirán las Secciones de Familia siguientes:

- * Sección de Familia constituida en el Tribunal Municipal Popular de Puerto Padre, que atenderá además los asuntos de esa clase del municipio de Jesús Menéndez.
- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Colombia, que conocerá los asuntos de esa clase de los municipios de Jobabo y Amancio Rodríguez.
- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Las Tunas, que atenderá además los asuntos de esa clase de los municipios de Manatí y Majibacoa.

En la provincia de Holguín se crearán las Secciones de Familia siguientes:

- * Sección de Familia constituida en el Tribunal Municipal Popular de Banes, que atenderá además los asuntos de esa clase del municipio de Antilla.
- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Holguín, que atenderá los asuntos de esa clase del municipio de Cacocum.
- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Sagua de Tánamo, que atenderá además los asuntos de esa clase del municipio de Frank País.
- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Báguanos, que atenderá además los asuntos de esa clase de la localidad de Tacajó.
- * Sección de Familia constituida en el Tribunal Municipal Popular de Gibara, que atenderá además los asuntos de esa clase de la localidad de Velasco.
- * Secciones de Familia en los Tribunales Municipales Populares de Cueto, Calixto García, Urbano Noris, Mayarí, Moa y Rafael Freyre.

En la provincia de Granma se constituirán las Secciones de Familia siguientes:

- * Sección de Familia en el Tribunal Municipal Popular de Bartolomé Masó, que atenderá además los asuntos de esa clase del municipio de Yara.
- * Secciones de Familia en los Tribunales Municipales Populares de Bayamo, Río Cauto, Cauto Cristo, Jiguaní, Campechuela, Media Luna, Niquero, Pílon, Buey Arriba y Guisa.

SEGUNDO: Ratificar la constitución de secciones de familia en todos los tribunales municipales populares de Ciudad de La Habana conforme a la estructura oportunamente aprobada.

TERCERO: Disponer que los respectivos consejos de Gobierno de los tribunales provinciales populares de Artemisa y Mayabeque, una vez en funciones, propongan la constitución y competencia por razón del lugar, de las secciones de familia de los tribunales municipales populares que les estén subordinados.

CUARTO: Asimismo, se dispone, que las secciones de familia que conozcan de los asuntos de territorios distintos a su sede, deberán trasladarse a los mismos a los efectos de la realización de los actos de justicia que fueren necesarios durante la tramitación de los procesos. Igualmente la presentación de demandas sobre alimentos se realizará en el tribunal del municipio en que reside quien promueve con independencia de que no posean secciones de familia, las que serán remitidas al competente conforme este Acuerdo.

QUINTO: El presente Acuerdo comenzará a regir en fecha 3 de enero de 2011 para los tribunales mencionados, que aplicarán sus disposiciones exclusivamente en los procesos de la clase apuntada que a partir de entonces se radiquen.

SEXTO: Comuníquese lo dispuesto a los vicepresidentes y al Presidente de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular; a los presidentes de los tribunales provinciales populares, y por su conducto a los presidentes de la Sala de la especialidad de lo Civil de esos órganos, así como a los presidentes de los tribunales municipales populares; a la Fiscalía General de la República; a la Ministra de Justicia; al Presidente de la Junta de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos; a la Secretaria General de la Federación de Mujeres Cubanas y publíquese en la Gaceta Oficial de la República, para general conocimiento.

OBRAS GENERALES DE DERECHO PROCESAL PENAL ¹

- BODES TORRES, J: «Sistema de Justicia y Procedimiento penal en Cuba». Ed. Ciencias Sociales. La Habana, 2006.
- BRIER RIVERO, ROBERTO: «Perfil legal de la Inversión Extranjera en Cuba.110 Preguntas». 3 Ed. Pontón Caribe, S.A. La Habana, 2001.
- CANDIA FERREIRA, J: «El procedimiento penal abreviado». Ed. Félix Varela. La Habana, 1999.
- CASTAÑEDA ABAY, ARMANDO: «Mediación alternativa para la resolución de conflictos». Ed. ONBC. La Habana, 1998.
- Colectivos de Autores: «La empresa y el empresario en Cuba». Ed. Centro de Información y Adiestramiento Informativo para el abogado, CLABO. La Habana, 1999.
- FUENTES ÁVILA, MARA: «Mediación en la solución de conflictos». Ed. Centro Félix Varela. La Habana, 2007.
- MENDOZA DÍAZ, JUAN: «El Proceso Ordinario de Conocimiento Actitudes del Demandado». Ed. ONBC. La Habana, 2000.
- OVARES HERRERA, CARLOS: «La letra de Cambio según el Código de Comercio y las nuevas regulaciones bancaria». Ed. Consultores Asociados S.A. La Habana, 2002.
- PICARD, CHERYL, A: «Mediación en conflictos interpersonales y de pequeños grupos». Ed. Centro Félix Varela. La Habana, 2007.
- RIVERO GARCÍA, DANILO: «Algunas interrogantes sobre temas penales». Ed. ONBC. La Habana, 2006.
- _____ : «Comentarios en torno a las calificaciones provisionales». Ed. ONBC. La Habana, 2009.
- _____ : «El informe final del defensor. Interrogantes». Ed. ONBC. La Habana, 2010.
- _____ : «La redacción de la sentencia penal y el recurso de casación». Ed. ONBC. La Habana, 2008.
- _____ : «Ley de procedimiento Penal, disposiciones de GTSP comentarios». Ed. ONBC, La Habana, 2008.
- _____ : «Temas permanentes del Derecho Procesal y el Derecho Penal». Ed. ONBC. La Habana, 2010.

¹ Estos ejemplares pueden ser consultados en la Biblioteca Virtual o en la Biblioteca de la Unión Nacional de Juristas de Cuba ubicada en la calle 21 esquina D, Plaza de la Revolución, La Habana, Cuba.

Este título fue impreso en la Editora «My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz»
en el mes de julio de 2012
«Año 54 de la Revolución»