

REVISTA JURÍDICA

Ministerio de Justicia

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTA

MSc. Pilar Alicia Varona Estrada

SECRETARIA

Lic. Ana Ercilia Audivert Coello

COMITÉ ACADÉMICO ASESOR

MSc. Olga Lidia Pérez Díaz

MSc. Antonio I. Ybarra Suárez

Lic. Alicia López Pérez

Lic. Marta Estela Surí Pereda

Lic. Yuris Sam Rodríguez Aroche

DISEÑO DE CUBIERTA

Cristian Hernández Pérez

CORRECCIÓN

Ramón Caballero Arbelo

COMPOSICIÓN

Ramón Caballero Arbelo

Yosney Fernández Pérez

COORDINADORA GENERAL

Lic. María Luisa Pedroso Rodríguez

Publicación semestral del Ministerio de Justicia (MINJUS)

ISSN 0864-0831

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Calle O, No. 216 e/ 23 y 25, 2do. piso, Vedado, Habana 4, CP 10 400,
La Habana, Cuba

Teléfonos: (547) 838 3451 al 59, ext. 237; 248; 207 y 243

E-mail anae@minjus.gob.cu

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

SUMARIO

A MODO DE PRESENTACIÓN	3
<i>MSc. Olga Lidia Pérez Díaz</i>	
Apuntes sobre la responsabilidad civil del profesional. Esbozo en el ámbito notarial	5
<i>Dra. Teresa Delgado Vergara</i>	
Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial.....	18
<i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	
Breves notas en torno a la donación con reserva de usufructo	44
<i>Lic. Rafael Alberto Rodríguez Rodríguez</i>	
El juicio de capacidad notarial a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad	66
<i>Dr. Alfonso Cavallé Cruz</i>	
El Notario: función de autoridad pública.....	82
<i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	
Hacia un instrumento público que proteja el interés superior del menor	105
<i>Lic. Yordanka González Morales y Lic. Lázara Aniruka Moreno Varona</i>	
La actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad	125
<i>Dra. Aliani Díaz López y MSc. Ana María Pereda Mirabal</i>	
La causa final del negocio jurídico en la función notarial	142
<i>Pedro Luis Landestoy Mendez</i>	
Los poderes preventivos en Cuba: un análisis desde el régimen jurídico de las salvaguardias	159
<i>Dr. C. Jorge Luis Ordellin Font, Esp. Liset Mercedes Marten Cisneros y Dra. C. Noadis Milan Morales</i>	
Nota Informativa No. 3/2018.....	188
<i>MSc. Olga Lidia Pérez Díaz</i>	
Pautas instrumentales para la incorporación de nuevos socios a las cooperativas no agropecuarias.....	192
<i>Pedro Luis Landestoy Méndez</i>	
Relatoría de la XIII Jornada Internacional del Notariado cubano	211

A MODO DE PRESENTACIÓN

MSc. Olga Lidia Pérez Díaz
Presidenta de la Sociedad del Notariado Cubano

La compilación de artículos de esta edición especial es fruto de temas discutidos en las jornadas nacionales e internacionales de la Sociedad Científica del Notariado Cubano, celebradas en el último quinquenio.

Se trata de trabajos de muy buena factura, discutidos con profundidad desde su perspectiva científica y práctica, combinándose la experiencia y la impronta de jóvenes notarios, que demuestran:

- La creciente importancia de la función notarial, su indudable contribución a la paz social y su trascendental dimensión económica constituyen un pilar esencial para el logro de la seguridad preventiva en el tráfico jurídico de la sociedad cubana.
- La significativa labor del Notario en el *control de la legalidad, previo asesoramiento y adecuación de la voluntad de las partes a la ley*, en los documentos que autoriza, en búsqueda de una solución equilibrada que garantiza la seguridad jurídica y el respeto a la libertad contractual desde una posición de imparcialidad respecto a los intereses de las partes. Estos principios, unidos al rigor y a la calidad en la prestación de los servicios, son los que definen al Notario, y los que explican el reconocimiento y el alto prestigio acumulados durante más de 145 años de vigencia de la institución en Cuba.
- La Deontología Notarial forma parte del núcleo duro de la profesión, basada en principios éticos, que pone en práctica el Notario en su ejercicio, relacionados con su formación y capacitación profesional continuas, con las relaciones recíprocamente respetuosas entre ellos y demás operadores jurídicos, con la lealtad en la competencia, con la indelegable intervención personal del Notario en los actos que autoriza, con el secreto profesional, con el deber de asesoramiento a los clientes, y con su debida diligencia y responsabilidad frente a estos.
- La función fedante del Notario confiere autenticidad a los actos y negocios jurídicos que redacta, sin vicios ni irregularidades y los inviste de fuerza probatoria y ejecutiva, extendiéndose su función preventiva a todas las actividades jurídicas no contenciosas, contribuyendo así a la paz social y a la prevención de litigios.

- La colaboración del Notario con el Estado en la prevención de modernos tipos de fraude, como el lavado de activos y la evasión fiscal, son nuevas actitudes que se suman a las ya expuestas, y demuestran la capacidad del notariado de adaptarse a los nuevos tiempos con celeridad y eficacia; haciéndose necesario sistematizar y profundizar en las conciliaciones con las entidades y organismos implicados, así como en la preparación y capacitación continua del Notario y su personal auxiliar.

Apuntes sobre la responsabilidad civil del profesional. Esbozo en el ámbito notarial

Dra. Teresa Delgado Vergara
Profesora Auxiliar. Facultad de Derecho.
Universidad de La Habana. Notaria

Sumario

1. Palabras preliminares. 2. La responsabilidad civil por daños. 3. La responsabilidad de los profesionales. Delimitación. 3.1. El Notario. Naturaleza de su función y repercusión en la calificación de la responsabilidad. 3.1.1. Los deberes del Notario. 3.1.2. La responsabilidad del Notario por actos dañosos. 3.1.2.1. Responsabilidad contractual versus responsabilidad extracontractual. a) Clientes. b) Terceros. 3.1.2.2. Responsabilidad subjetiva versus responsabilidad objetiva. 4. Reflexiones finales.

1. Palabras preliminares

El Derecho como sistema normativo encaminado a proteger a la persona y a regular sus acciones se erige sobre una serie de principios. Uno de ellos es, sin duda, el que asevera que nadie puede causar daño a otro y cuyos orígenes los encontramos en los llamados tres preceptos del Derecho romano.¹

Las personas, en su convivencia cotidiana pueden en ocasiones, lesionar los bienes jurídicos de otras, en tal caso, se produciría una violación de las normas que las protegen y, por ende, comenzaría a funcionar el sistema que el Derecho prevé para estos casos: la responsabilidad.

2. La responsabilidad civil por daños

La responsabilidad jurídica es una categoría propia de la ciencia del Derecho, la responsabilidad civil es una de las formas que adopta.

¹ Estos preceptos eran: *honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*; es decir: vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada cual lo que le corresponda.

Responsabilidad civil significa estar sujeto a cumplir una obligación de indemnizar el daño causado. Su función, por ende, es indemnizatoria e indirectamente desempeña un rol punitivo y preventivo, en la medida en que una condena a indemnizar a alguien sea percibida como castigo a quien no actuó conforme con el Derecho y en ese mismo sentido permite prevenir tales conductas.

Una vez acaecido el hecho lesivo, se producirá un juicio de imputación que conllevará la consecuencia jurídica prevista por la norma: la sanción, que en el ámbito civil entraña la obligación de indemnizar los daños y perjuicios a la víctima.

La nota esencial de esta, es que el contenido de la obligación es una prestación de carácter económico que se inserta totalmente en el ámbito de las relaciones inter-partes de la relación jurídico-civil de orden privado que ha quedado establecida. Esta responsabilidad pecuniaria por excelencia solo será efectiva por la acción e iniciativa del perjudicado.

Imputar la responsabilidad para hacerla efectiva significa determinar a quien corresponde el deber de indemnizar el daño causado, o, dicho en otras palabras, atribuir la obligación indemnizatoria a quien será, a partir de ese momento, el sujeto pasivo de la relación jurídica: el deudor.

3. La responsabilidad de los profesionales. Delimitación

Inicialmente, cabe preguntarse si puede hablarse de un tipo especial de responsabilidad o si basta la noción general aplicada en este caso a un sujeto que ocasiona un daño en el ejercicio de una actividad que despliega habitualmente y con titulación para ello.

Obviamente, no puede construirse una categoría propia o autónoma desdénando los principios que rigen la concepción de la responsabilidad. Pero es válido aclarar que en el ámbito profesional no deben perderse de vista dos cuestiones fundamentales: La primera es la diferenciación entre la responsabilidad moral, ética o deontológica, y la responsabilidad meramente civil por daños. El segundo asunto es el referido a la llamada *lex artis ad hoc*.

Respecto al primer punto puede afirmarse la posible, que no imprescindible, coexistencia de ambas, siendo dable añadir que corresponderá su conocimiento y respuesta sancionadora a diferentes órganos.

Existen exigencias morales generales para cualquier actividad científica, y también las que son específicas a cada labor profesional, lo que nos lleva a admitir la existencia de una deontología profesional.²

2 Por ende, de una deontología jurídica e, incluso, de una deontología notarial.

“La necesidad de una moral profesional como conjunto de principios y normas que reflejen la especificidad concreta de un tipo determinado de actividad profesional, adquiere mayor relevancia en aquellas profesiones cuya actividad tiene como objeto –directa o indirectamente– el mundo espiritual del hombre y que se caracterizan por múltiples fines de carácter humanista”.³

El profesional que viole el Código de ética propio de su labor será examinado por el Colegio o Comisión de Ética y penado con los castigos previstos en aquel y que pueden llegar incluso a la prohibición de ejercer o a la expulsión del gremio.

Si, por otra parte, genera un daño en el ejercicio de su trabajo, deberá resarcir a la víctima conforme con las normas del Derecho común, según establezca el órgano jurisdiccional competente.

Para ello, deberá atender a un criterio valorativo especial y propio de la esfera de actuación profesional: la llamada *lex artis ad hoc*. Ella no es más que el conjunto de reglas, principios, conocimientos, técnicas, que el profesional, conforme con el estado actualizado de su ciencia, debe aplicar a cada caso concretamente, según sus características propias. Y ello implica que esta ley se erija en juicio indicativo que permite medir la diligencia o culpa apreciables en la situación particular que se dilucide.

Se ha escrito más profusamente acerca de la responsabilidad de los médicos, que la de los profesionales del Derecho, como son los abogados y notarios. A este último sujeto y a las características de la responsabilidad en que pudiera incurrir se hará referencia seguidamente.

3.1. El Notario. Naturaleza de su función y repercusión en la calificación de la responsabilidad

La función notarial consiste en escuchar, interpretar, aconsejar, preparar, redactar, certificar, autorizar, conservar y reproducir, funciones todas que demandan del Notario determinados deberes que garantizan la confianza y el prestigio depositados por la sociedad en su labor.

El Notario *escucha* a las partes y trata de conocer de ellas, brindándoles seguridad, y todas aquellas condiciones que puedan influir en el acto o hecho que pretendan realizar, para así analizar las consecuencias que se derivan de ello. Una vez que conozca lo deseado por las partes, el Notario *interpreta* esa voluntad de forma tal que pueda calificar el acto dentro del

3 Luis López Bombino: “La ética del científico: mínimo enfoque del problema”, en *Problemas Sociales de la Ciencia y la Tecnología*, Editorial Felix Varela, La Habana, 1994, p. 171.

ámbito jurídico, en el marco de la legalidad. Así se manifiesta además, que el Notario actúa por impulso de parte, es decir, no por su propia voluntad, sino por el deseo manifiesto del cliente que acude a él porque requiere de sus servicios.

3.1.1. LOS DEBERES DEL NOTARIO

Al Notario como profesional del Derecho, en su constante relación con la sociedad en el ejercicio de su función, se le exige el cumplimiento de un conjunto de deberes específicos. “La función notarial, aunque diversa en sus modalidades prácticas, según los ordenamientos civiles de los pueblos, tiene su intrínseca razón de ser en la sociabilidad y solidaridad humanas, las cuales exigen plena seguridad en la formación de las relaciones de derecho, exacta constatación de los hechos y de los actos jurídicos, y fiel conservación y pública disponibilidad de sus pruebas, como condiciones para la actuación y preservación del orden civil y social en armonía de la justicia. Por eso, la principal cualidad moral de vuestra profesión, la más consustancial a ella, la que dignifica en grado sumo vuestra competencia técnica, la constituye el culto a la verdad, presupuesto básico para el mantenimiento de la justicia en el delicadísimo sector de la actividad humana confiado a vuestra fidelidad y responsabilidad”.⁴

La importancia del notariado, la trascendencia de sus funciones y el elevado concepto que como institución social y jurídica le corresponden no son aspectos que se discuten, sino que son axiomas que se establecen como sólidos fundamentos de la razón y de la ciencia. La existencia del Notario está justificada en el hecho de que cumple una función social y satisface una necesidad. Al decir de DE CASTRO “el Notario fue considerado siempre, oficio de honor, que solo se debía otorgar a personas probadas y conocidas por su fidelidad y concreción, puesto que forman una aristocracia profesional que el Estado selecciona, organiza y privilegia; actúa con su dirección y consejo, en los actos más importantes de la vida económica y familiar”.⁵

De los deberes del Notario por cuya infracción podría ocasionarse un daño, están el deber de asesoramiento y el deber de lealtad y secreto profesional.

4 Papa Pablo VI: “Mensaje sobre el contenido de la función notarial dirigido a la Unión Internacional del Notariado Latino, con motivo de su VIII Congreso, celebrado en la ciudad de México el 3 de octubre de 1965”, citado por Bernardo Pérez Fernández del Castillo: *Ética Notarial*, Editorial Porrúa México, 1990, p. 98.

5 De Castro, citado por Juan Francisco Delgado de Miguel: “La esencia de la deontología de la profesión notarial”, en *Deontología Notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, p. 25.

- Asesoramiento.

El Notario tiene el deber-poder de aconsejar y asesorar a las partes. Para poder aconsejar debidamente, el Notario latino conoce con profundidad el deseo de las partes y busca sobre la base de la legalidad, que el deseo de las partes no contraríe el orden público, por lo que el Notario encauza los fines lícitos de las partes.⁶

En su función asesora, el Notario concreta y define los fines de las partes, pues en muchas ocasiones, el cliente no sabe lo que quiere y además desconoce las consecuencias jurídicas que podría tener su actuar. Por ello, en esta etapa de formación de los fines, el Notario ha de plantearle al cliente las diferentes vías, y este debe decidir. Por su parte, el Notario le da forma jurídica a esa voluntad, lo cual supone una elevada capacitación técnica para calificar los hechos en un tipo determinado que sea lícito.

Por tanto, es lícito lo que el cliente desea en cuanto sea ejercicio de algún derecho y mientras no atente contra ningún deber jurídico. No obstante, el adagio latino *qui iure suo utitur, neminem laedit* (quien usa de su derecho no perjudica a nadie), no debe ser considerado como verdad absoluta, pues es conocida la teoría del abuso del derecho tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. En ella, se plantea que es lícito el actuar del sujeto en el ejercicio de su derecho, si ese actuar no daña a nadie, pero será ilícito si es con el objetivo de causar daño o si se aleja de su fin económico social. Por tanto, en su actuar, el Notario debe prever que esto no suceda, por lo menos en los instrumentos por él autorizados.

Cuevas Castaño⁷ considera que para que el asesoramiento se adecue con los fines y la voluntad de las partes es necesario que reúna los requisitos de veracidad e imparcialidad. Y los medios para lograrlo son la ciencia, la conciencia, la prudencia, la diligencia, la experiencia, la decencia, la presencia y la paciencia. En ellos se resume la moralidad y la honorabilidad en el ejercicio de la profesión.

- Lealtad y secreto profesional.

El deber de confidencialidad no solo es atribución del Notario como funcionario público sino también como profesional del Derecho. Así, en el ejercicio jurídico, el Notario recibe informaciones y secretos íntimos de las partes, que está obligado en todo momento a guardar en secreto profesional. Esto implica que no debe revelar nada que sea puesto en su conocimiento en el ejercicio de su profesión. Además, hay que tener en cuenta que los clientes

6 Así está dispuesto en el Artículo 10 ch) y II) de la Ley de las Notarías Estatales en Cuba.

7 José Javier Cuevas Castaño: "Aspectos Éticos y Jurídicos del Deber Notarial de Asesoramiento", en *Deontología Notarial, ob. cit.*, p. 931.

sienten necesidad de hacer confidencias al Notario para dar solución a sus problemas y lo hacen por la certeza que tienen en que no lo revelará.⁸ Este deber ético incluye el contenido de los documentos.

3.1.2. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO POR ACTOS DAÑOSOS

La cuestión puede plantearse a partir de las interrogantes siguientes: ¿Se trata de un supuesto de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual? ¿Es una responsabilidad subjetiva u objetiva? ¿Quién está legitimado para reclamar?

Ante todo, debe tenerse en cuenta que tal como se abordó *supra*, el carácter público de la función notarial suaviza la relación “contractual” del funcionario con el cliente. Pero ello, no debe conducir a la creencia de que se trata de un *tertius genus* en sede de responsabilidad.

3.1.2.1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL VERSUS RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El problema de la distinción entre los dos tipos de responsabilidad o deberes de indemnización de daños tiene su origen en la separación que hicieron tradicionalmente los códigos de las llamadas obligaciones contractuales y de las no contractuales, en una versión simplificada de las fuentes históricas de las obligaciones: contrato, delito, cuasicontrato y cuasidelito.

La cuestión ha discurrido por caminos diferentes en la doctrina y jurisprudencia francesa, alemana y española.

Un mero abordaje inicial permite las siguientes referencias unificadas sobre el tema: El acto dañoso puede darse entre personas ligadas por una obligación concreta y determinada al incumplirse esta; o entre personas sin vínculo alguno hasta el momento de producirse el evento causante del daño.

La responsabilidad contractual no es más que la entendida como forma de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de las obligaciones establecidas previamente. Este tipo de responsabilidad se concreta en: Cumplimiento específico de la obligación, rectificación del cumplimiento defectuoso, reparación de los daños, indemnización de los perjuicios.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual es la consecuencia jurídico-civil de la infracción del deber general de no causar daño a otro. Se

8 *V. gr.* en Cuba se puede realizar el divorcio por vía notarial y en muchos casos las partes expresan al Notario los motivos que tienen para disolver el vínculo matrimonial, sin que se requiera por ley demostrar causales para ello, en tal supuesto el Notario no puede revelar la intimidad de los cónyuges ni las motivaciones que los han llevado a divorciarse en virtud de este elemental deber ético.

deriva de los delitos o de los actos u omisiones ilícitas. Se configura este tipo de responsabilidad cuando confluyen los siguientes factores:⁹

- Acción u omisión intencional, ya sea dolosa o imprudente.
- Ilícitud de la conducta, es decir, la acción u omisión viola el ordenamiento jurídico o contraviene un mandato o prohibición del Derecho.
- Producción de un daño: Se transforma el *status* patrimonial de la víctima, pero también puede ser un daño moral. Debe ser cierto, real, aunque sea de inicio indeterminado y debe subsistir al tiempo del resarcimiento.
- Nexa causa: Debe existir un ligamen causal espaciotemporal entre la acción u omisión y el daño.

En esta sede es también polémica la hipótesis de la concurrencia de culpas, pues la víctima del resultado dañoso puede erigirse en concausa tanto en la creación de las condiciones que provocaron el daño como en la agravación del daño ya acontecido. Aunque se habla de concurrencia de culpas, el tema debe ser enfocado desde el prisma de la causalidad, en tanto quedaría atenuada la relación causa-efecto si concurre la participación del propio perjudicado. Las tesis al respecto también son disímiles, y van desde la compensación de culpas hasta la absorción por una de las partes. De cualquier modo, los efectos de la intervención de la víctima en términos de responsabilidad serán sentados por la jurisprudencia

Las tendencias¹⁰ hacia la redefinición de la responsabilidad contractual se han producido en dos sentidos: Por una parte, dan mayor amplitud a la responsabilidad extracontractual al considerar que se aplican las normas relativas a esta ante daños extraños a la materia y contenido del contrato, restringiendo así la órbita de la contractual. Por otra parte, sin embargo, se encuentra el entendido de que siempre que exista un vínculo o ligamen jurídico previo entre las partes, aunque no sea de origen estrictamente convencional, estaremos ante un supuesto de responsabilidad contractual, o mejor dicho, responsabilidad obligacional.

a) Clientes.

Desde este prisma, cabría encauzar la responsabilidad del Notario como una responsabilidad contractual, toda vez que obviamente entre el fedatario

9 El origen histórico de la responsabilidad extracontractual nos muestra los distintos factores que en ella inciden. En el Derecho romano la obligación derivada del daño incluía todos los casos de delitos culposos y se fundamentaba en la Ley Aquilia, por ello llámase también a este tipo de responsabilidad aquiliana.

10 Estas posiciones aparecen en la doctrina y jurisprudencia españolas. *Vid.* Luis Díez-Picazo: *Derecho de Daños*, Editorial Civitas, 1999.

y el cliente existe un nexo previo, independientemente de que no pueda verse como una típica relación contractual erigida en el paradigma de la autonomía de la voluntad sin más límites que la ley y la moral. Como funcionario encargado de dar fe pública, ejerce una función pública que matiza la relación contractual con su cliente, pues la ley le obliga a la prestación de su ministerio con carácter obligatorio siempre que no exista una imposibilidad física o legal casuística que lo exonere de autorizar el acto.¹¹ La autonomía contractual está limitada del lado del fedatario pues está obligado a contratar *ex lege*, sin que ello constituya la figura del contrato forzoso, sino que este hecho viene dado por la propia naturaleza de su función pública pero a la vez semivolitiva y similar al arrendamiento de servicios.¹²

b) Terceros.

Si se trata de un tercero que sufrió un daño como consecuencia de la mala praxis notarial, la responsabilidad del funcionario será, obviamente, de carácter extracontractual. Es la gestión negligente del Notario lo que origina su responsabilidad, pudiendo exigir el resarcimiento no solo el titular actual de derechos subjetivos, sino el que meramente ostente una expectativa de derecho (*v. gr.* el presunto heredero que se ve privado de la posibilidad de adquirir la herencia por la actuación defectuosa del fedatario).

En estos supuestos de responsabilidad del Notario frente a terceros surge la cuestión, atinente al límite personal de los perjudicados, o sea, si la escritura o acto defectuoso por culpa del funcionario fedante, perjudica solamente al tercero que contrata con el cliente o parte contractual, o además e ilimitadamente a los causahabientes de ese tercero.

Tomando en consideración que el acto nulo no es convalidable aunque el derecho derive a terceras personas, ya sea de forma mediata o inmediata, se traza entonces una causalidad adecuada y por tanto, cualquier tercero estaría legitimado para ejercitar una acción por culpa extracontractual contra el Notario cuya actuación viciosa originó un perjuicio que puede ser insubsanable.

En cualquier caso, la condena al Notario presupone que haya sido demandado en juicio, pues si no fue parte en el pleito sobre nulidad formal

11 Bien asevera la ley nicaragüense que “El Notariado es la Institución en que las Leyes depositan la fe pública, para garantía, seguridad y perpetua constancia de los contratos y disposiciones entre vivos y por causa de muerte”. (Artículo 2.)

12 *Vid.*, sobre los contratos forzosos, Teresa Delgado Vergara: “El contrato como institución jurídica”, en Leonardo Pérez Gallardo (coordinador) *et al.*: *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000 o Editora Librería Juventud, La Paz, Bolivia, 2001.

del documento,¹³ no cabría hacer efectiva posteriormente la responsabilidad toda vez que no se le dio la oportunidad de ser escuchado.

3.1.2.2. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA VERSUS RESPONSABILIDAD OBJETIVA

La imputación de la responsabilidad puede realizarse según dos criterios: un criterio objetivo según el cual se origina la obligación por el mero hecho del acaecimiento del daño; y un criterio subjetivo, en cuyo caso se exige que el agente de la acción u omisión dañosa sea culpable.

En el primer supuesto estamos ante una responsabilidad objetiva¹⁴ y en el segundo, ante la llamada responsabilidad subjetiva. El sistema subjetivo es más frecuente en las legislaciones civiles.¹⁵

El presupuesto esencial de este tipo de responsabilidad es la intención de causar daño o la negligencia inexcusable que lo provocó, habiendo podido y debido el sujeto, evitarlo. Por ello, la víctima del daño debe probar la existencia de dolo o culpa en el actuar del sujeto.

En caso contrario, no obtendrá la reparación aun cuando se demuestre fehacientemente la existencia de daño.

Los requisitos para que concurra este tipo de responsabilidad han sido señalados tradicionalmente por la doctrina y reconocidos por la jurisprudencia. Así tenemos:

- Producción de un acto u omisión ilícita: El sujeto realiza algo prohibido o no hace algo a lo que estaba obligado.
- Que en ese actuar o no actuar exista dolo o culpa: En el sujeto concurre la intención de dañar, o al menos, la falta de diligencia en su actuación que ha sido negligente o imprudente.

13 Aquí no debe perderse de vista el tema de la desacertada confusión o identificación entre la nulidad formal y material. La primera, implica que el documento notarial no es idóneo para generar las consecuencias jurídicas que, normalmente, está destinado a crear. La nulidad negocial o nulidad sustantiva no tiene por qué, necesariamente, afectar el instrumento en que se contiene el acto. Como bien asevera Pérez Gallardo: “La afectación del continente, no tiene que dañar inexorablemente el contenido. Ello, en gran medida, dependerá del rol que el ordenamiento jurídico le atribuya a la forma para la perfección y eficacia *inter partes* y *erga omnes* del acto o negocio jurídico”. *Vid.*, Leonardo Pérez Gallardo: “A propósito de la nulidad de los instrumentos públicos notariales”, ponencia presentada en la II Conferencia Internacional de la Sociedad del Notariado cubano, Varadero, 1998.

14 También denominada responsabilidad sin culpa o responsabilidad por riesgo, pues los ámbitos en los cuales es configurada generalmente, desarrollan actividades de riesgo.

15 El criterio subjetivo primó en el Derecho romano y en la civilística en general hasta el siglo XIX, en el que debido al desarrollo capitalista y la Revolución Industrial, aparecen nuevas circunstancias y fenómenos que repercuten en la ciencia jurídica.

- Que esa acción u omisión provoque un daño patrimonial o moral. El primero ocasiona un detrimento en el patrimonio del afectado, detrimento valorable pecuniariamente. El daño moral afecta los derechos inherentes a la personalidad de la víctima. Para que haya lugar al resarcimiento no bastan estos requisitos, es necesario, además, que el sujeto dañado logre probar el elemento subjetivo (dolo o culpa). A causa de la rigidez de este sistema, en algunos casos, el Derecho positivo lo atenúa estableciendo una presunción *iuris tantum* que exonera a la víctima de la carga de la prueba e, incluso, más radicalmente puede establecer presunciones *iuris et de iure* respecto a la culpa. Por otra parte, se exige cierta capacidad mental en el autor del daño para que quede obligado a resarcirlo. Así, por ejemplo, el acto del niño o del loco no conllevarán a que se les impute la responsabilidad.

La concepción objetiva de la responsabilidad jurídico-civil implica que esta existirá independientemente de la culpa del sujeto. Solo se atiende a la relación causa-efecto entre el acto y el daño. Sin embargo, el problema no es tan simple como aparentemente se enfoca. Es preciso decidir “cuándo una consecuencia dañosa (que puede ser lejana, improbable o inesperada) debe atribuirse o imputarse a un sujeto”.¹⁶

Para despejar tal interrogante se han propuesto diversos criterios, entre los que se destacan, la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada o de la adecuación.

Si bien pueden valorarse ambos criterios, el primero de ellos ha cedido terreno a favor de la teoría de la adecuación,¹⁷ pero en todo caso, queda, a juicio del tribunal conocedor del asunto, el método a emplear, ya sea con abstracción de cualquier criterio doctrinal o inspirado en alguno de ellos.

Para determinar la existencia de la responsabilidad objetiva se exigen las siguientes condiciones:

- El empleo de cosas o sustancias consideradas peligrosas o el ejercicio de actividades reportadas por ley como riesgosas.
- Existencia de un daño patrimonial. En este sistema de responsabilidad el daño moral no es indemnizable, solo es reparable el daño patrimonial.
- Nexo causal entre los dos factores precedentes.

En ningún caso se exigirá que el sujeto haya actuado culposa o dolosamente, basta que concurren las condiciones anteriores para que pueda imputársele responsabilidad al agente, responsabilidad objetiva, obviamente.

16 Lluís Puig I. Ferriol: *Manual de Derecho Civil*, t. II, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., Madrid, 1996, p. 467.

17 Cfr., Luis Díez-Picazo: *Derecho de daños*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 338 y ss.

Los códigos civiles han acogido tradicionalmente el sistema subjetivo, pero el fortalecimiento de la contraposición culpa-riesgo ha conducido hacia la objetivización de la responsabilidad a partir de los avances de la economía, la industrialización y el desarrollo tecnológico que han propiciado un replanteamiento de la cuestión, al colocar la interrogante acerca de quién debe responder por los accidentes provocados por máquinas u otros artefactos cuando no ha existido culpa del agente y el daño se ha producido por la mera actividad industrial. Incluso, el dilema se extendió hasta llegar a demandarse si la actividad peligrosa en sí misma debía prohibirse. Esta última no es la solución apropiada, el problema está en decidir si debía resarcirse el daño y a quién debía atribuirse la obligación de indemnizar, y además determinar cuál sería el fundamento de esta obligación ya que no es la culpa.

Aparece, entonces, la llamada teoría de la responsabilidad objetiva o de la responsabilidad sin culpa, basada no ya en la intencionalidad del sujeto, sino en el riesgo creado por la utilización de sustancias o máquinas potencialmente peligrosas. Se habla de la socialización de la responsabilidad. Este sistema de responsabilidad objetiva no requiere la prueba de la conducta del agente, basta la mera existencia del daño, por lo que proporciona, en principio, un remedio más eficaz y expedito para obtener el resarcimiento.

En sede de actividad profesional, se plantea la cuestión de qué criterio seguir para determinar ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. Ello pasa por el prisma de la naturaleza de la actividad y del tipo de obligación del profesional. Por regla general, el médico y el abogado contraen una obligación de medios,¹⁸ mientras que el arquitecto está compelido a conquistar el resultado esperado por el cliente. No puede hablarse, aunque así se ha comentado en minoritarios sectores doctrinales; de que la actividad profesional esté marcada por el sistema de la responsabilidad objetiva, toda vez que puede tratarse de actividades riesgosas, sobre todo en el caso de la medicina.

En todo caso deberá tenerse muy presente la regla ya mencionada *supra*, relativa a la valoración de la actividad profesional: *lex artis ad hoc*.¹⁹ Esto significa que si el profesional no aplica los conocimientos y técnicas propias de su ciencia y adecuadas para el caso en particular, no habrá actuado con la diligencia debida, por lo cual puede hablarse de culpa, y, en tal sentido, de responsabilidad subjetiva.

Obviamente, los criterios expresados son válidos en el análisis de la figura del Notario, quien responderá si el daño se produce como consecuencia

18 El desempeño del cirujano estético implica un corolario atractivo de la intervención quirúrgica, por ende se trata de una obligación de resultados.

19 *Vid.*, epígrafe 3.

de una actitud negligente en el ejercicio de su función y no por el mero nexo causal existente entre la autorización del instrumento público y el daño provocado a uno o varios de los comparecientes o a un tercero.

4. Reflexiones finales

I. El Notario, como profesional que ejerce una importantísima función social, la de dar fe de los actos de los particulares, puede incurrir en conductas que ocasionen daño a determinadas personas. Dada la altísima responsabilidad que le ha sido conferida, estas situaciones no pueden quedar sin un respaldo jurídico, que preserve los derechos de los sujetos que han confiado en el fedatario el otorgamiento de autenticidad a sus transacciones. Es por ello que debe quedar sujeto a las reglas de la responsabilidad civil que corresponda,²⁰ conforme con las especiales características de su profesión.

No debe perderse de vista, que en cualquier caso, si procede, el fedatario responderá éticamente si su conducta infringe el Código deontológico de la profesión, independientemente de la responsabilidad en que, en el orden civil, incurra.

II. Una institución que puede revolucionar el Derecho de Daños es el seguro.²¹ Atendiendo a las condiciones histórico-concretas de cada sociedad y de cada ordenamiento jurídico, la implementación del seguro de responsabilidad civil lograría constituirse en una opción viable para los casos de responsabilidad profesional.

II. La ley debe pronunciarse expresamente acerca de este tema y no dejar únicamente a la jurisprudencia y a la aplicación de las normas generales,

20 En el ordenamiento nicaragüense, el Artículo 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la parte relativa a las responsabilidades y sanciones a los funcionarios de carrera judicial establece: “Los Funcionarios de la Carrera Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causan, con arreglo a las leyes de la materia. Serán igualmente responsables por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Las acciones derivadas de estas responsabilidades se rigen por las normas respectivas”. Este precepto puede ser aplicable a la figura del Notario ante un supuesto de responsabilidad civil. Téngase en cuenta que la Ley No. 139, de 12 de diciembre de 1991, denominada “Ley que da mayor utilidad a la institución del notariado”, instituye en materia matrimonial que la responsabilidad del Notario autorizante será la misma que la del Juez y se exigirá en la misma forma.

21 En España, la Orden de 24 de abril de 1948 organizó el seguro de responsabilidad civil profesional, asimilado como un seguro obligatorio para los profesionales del notariado. *Vid.*, respecto a la relación seguro-responsabilidad, Luis Díez Picazo: *Op. cit.*, pp. 187 y ss.

la solución de los conflictos que en esta materia se susciten; teniendo en cuenta que la responsabilidad civil, cuando se trata de un profesional adquiere perfiles particulares; más aún, cuando se trata del Notario, profesión en la que confluyen características tan disímiles como la de ser un funcionario y a la vez un profesional del Derecho, asesor, dador de fe, consejero imparcial y velador de la legalidad en su actuar, todo lo cual dota a esta noble carrera de una *sui generis* naturaleza, merecedora de un tratamiento distintivo.

Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho Civil Facultad de Derecho
Universidad de La Habana. Notario

“El acto de amor, que se expresa con el don de los propios órganos vitales, es un testimonio genuino de caridad [...]. Debe ser consciente del valor de este gesto quien lo recibe, quien es destinatario de un don que va más allá del beneficio terapéutico. Antes que un órgano recibe un testimonio de amor que debe suscitar una respuesta igualmente generosa, de manera que se incremente la cultura del don y de la gratuidad”.

Benedicto XVI

Resumen

La instrumentación por vía notarial del acto de dación de órganos y tejidos humanos con carácter solemne-constitutivo, y su posible revocación, genera una indudable responsabilidad al Notario que, en ejercicio de su fe pública, ha de garantizar la libre manifestación de voluntad del dador, ajena a toda compensación de naturaleza económica, precisamente por la naturaleza altruista del acto que protagoniza. Nuevamente resulta el Notario la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de Derecho.

Palabras claves:

Dación de órganos y tejidos humanos, Notario, función notarial, escritura pública.

Sumario

1. A propósito de la Resolución No. 857/2015, de 31 de agosto, del Ministro de Salud Pública. 2. La dación de órganos y tejidos humanos entre vivos. 2.1. Concepto. 2.2. Unilateralidad del acto. 2.3. ¿Naturaleza *intuitu personae*? 2.4. El control notarial sobre la inexistencia de compensación económica. 2.5. El dador. Requisi-

tos que ha de cumplir. 2.5.1. Parentalidad (por consanguinidad o por afinidad) o conyugalidad. Modo de acreditarlo en sede notarial. 2.5.2. Dadores menores de edad. Representación. La dación solo sobre células hematopoyéticas. 2.5.3. La omisión respecto de las personas con capacidad restringida, o incapaces. 2.5.4. Dadores extranjeros. 2.6. El reservorio instrumental: la escritura pública. 2.6.1. Notario competente, asesoramiento preescriptorio y advertencias reglamentarias. 2.7. La naturaleza esencialmente revocable del acto: su plasmación instrumental. 2.7.1. La puesta en conocimiento de la revocación al Notario autorizante de la escritura de dación de órganos y tejidos humanos entre vivos. Su expresión instrumental. 2.8. El destino de las copias de los referenciados instrumentos notariales. 3. En ocasión de los nuevos derroteros por los que discurre el ejercicio de la función notarial en Cuba.

1. A propósito de la Resolución No. 857/2015, de 31 de agosto, del Ministro de Salud Pública

Después de tantos años de espera –demasiados teniendo en cuenta su contenido y fines–, se pronuncia el Ministro de Salud Pública a través de una resolución administrativa, contentiva del “Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos”.¹ Téngase en cuenta que la Ley de Salud Pública, Ley No. 41/1983, de 13 de julio, tan solo enunció en la Sección oncena del Capítulo II, dedicado a la atención médica y social, la “donación” de órganos y tejidos en sus artículos 41 y 42, que son meramente programáticos y remisores a reglamentaciones del propio Ministerio, algunas de las cuales adquirieron forma, por conducto del Reglamento de la Ley de Salud Pública, contenido en el Decreto No. 139/1988, de 4 de febrero, que de la lectura e interpretación de los artículos del 83 al 85, cabe colegir que la única modalidad de “donación” de órganos y tejidos humanos admitida en Cuba es la *post mortem*, pues se supedita este proceder quirúrgico-terapéutico a la expedición del certificado médico de defunción.² Ergo, hemos convivido durante décadas con el éxito de los trasplantes de órganos, procedentes de dadores vivos, y ello al margen del Derecho, dada

1 Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, No. 33, extraordinaria, de 17 de septiembre de 2015.

2 El Artículo 83 deja explícito que: “Todo proceder médico en la realización de trasplantes de órganos y tejidos donados estará condicionado a la certificación de la muerte del donante”.

la laguna legal existente. Pues, prefiero aferrarme a la tesis de la vacuidad normativa, antes de la prohibición implícita, ya que siendo la dación de órganos y tejidos humanos expresión del ejercicio del derecho a la integridad física, como derecho inherente de la personalidad,³ al no existir un pronunciamiento prohibitivo expreso en la norma, ha de entenderse permitido tal acto, lo cual no desdice la imperiosa necesidad de su cobertura legal.

No pretendo, en este mero acercamiento al dictado de esta nueva norma legal, ofrecer un estudio exegético de su preceptiva, y sí, por el contrario, brindar un análisis del perfil o arista notarial que ella invoca, al atribuirle expresamente competencia al Notario en la autorización de instrumentos públicos, que se convierten en requisito esencial para el buen discurrir del procedimiento médico-administrativo, ineludible soporte de autenticidad, veracidad y legitimidad en la expresión de voluntad del dador de órganos o tejidos humanos *inter vivos*. Por ese motivo el hilo discursivo quedará centrado en la función notarial al servicio de un acto extraordinariamente generoso, expresión de solidaridad por el prójimo como lo es el dispositivo de órganos y tejidos humanos.

2. La dación de órganos y tejidos humanos entre vivos

Precisamente, por los innumerables riesgos que puede conllevar en la salud psíquica o física de los seres humanos la ablación de un órgano, o incluso de tejidos, el Derecho positivo suele regular de modo excepcional su dación. Lo más común en este orden es la dación *post mortem*. Diagnosticada y certificada la muerte, en esencia, según criterio neurológico, es procedente la ablación de los órganos y tejidos, si en vida se había dispuesto de ello a través de las vías de expresión formal que el Derecho dispensa a tal fin.⁴ En esto desempeñan un papel protagónico las campañas de divulgación

3 En la doctrina peruana Juan Espinoza Espinoza: *Derecho de las personas*, Rhodas, Lima, 2006, p. 242, habla del derecho de disposición sobre el propio cuerpo, distinto del derecho a la integridad física, definiéndolo como “una situación jurídica en la que se tutela una manifestación del derecho a la libertad, en el sentido de que la propia persona, entendida en su inescindibilidad psicosomática, está facultada para disponer de sí misma (dentro de la categoría del ser) y no de una entidad diversa a él (el cuerpo entendido erróneamente como objeto de derecho, dentro de la categoría del tener). Ello, evidentemente, dentro de los límites que el propio ordenamiento jurídico establece”. Por su parte, entre los españoles, Miguel Ángel Bañegil Espinosa: “Los derechos de la personalidad”, tema 4, en *Instituciones de Derecho Privado*, t. I, “Personas”, vol. II, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), lo ubica entre los derechos a la integridad física y psíquica.

4 En nuestros predios a través del documento de identidad.

y concientización de las personas sobre el altruismo y valor social y médico que tiene la disposición de órganos y tejidos de procedencia cadavérica. En tales circunstancias, los riesgos del trasplante son tan solo para el receptor, no así para los dadores, a muy lamentar, ya fallecidos. Empero, cuando el acto de disposición del órgano o del tejido humano se hace en vida, los riesgos se multiplican, no solo por el éxito que pueda tener, o no, el trasplante a favor del receptor, que pudiera agravar el precario estado de salud en el que este pudiera encontrarse como consecuencia de la enfermedad crónica que padece y que hace necesaria la sustitución del órgano afectado, sino porque también para el dador, que en perfecto estado de salud, pudiera derivar la ablación de un órgano, en trastornos posquirúrgicos de gravedad, o incluso con resultados fatales para su vida, o enfermedades crónicas sobrevivientes, de manera que pudiera llegar el dador a convertirse *a posteriori*, en un posible receptor a su vez de órganos. De ahí que uno de los principios rectores de la OMS sobre trasplantes de células, tejidos y órganos humanos, aprobados por la 63ª Asamblea Mundial de Salud, en mayo de 2010, en su resolución WHA.6322, establezca que “Los donantes vivos deberán ser informados de los riesgos, beneficios y consecuencias probables de la donación de una manera completa y comprensible; deberán ser legalmente competentes y capaces de sopesar la información y actuar voluntariamente, y deberán estar libres de toda coacción o influencia indebida”.

En fin, la *dación de órganos y tejidos humanos entre vivos* es un acto jurídico de tipo negocial, informado de altruismo, a cuyo tenor una persona, con discernimiento tal que le permita asumir los riesgos inherentes al acto, en ejercicio del derecho a la integridad física del que es titular, dispone a favor de otra, previamente determinada, y que cumple los requerimientos de parentesco o conyugalidad que la norma establece, de órganos (uno o varios, siempre que ello sea compatible con la vida) o de tejidos. Tal acto cumple el cometido previsto en el Artículo 49 del Código Civil, o sea, se trata de “*una manifestación lícita, de voluntad, expresa o tácita, que produce los efectos dispuestos por la ley, consistentes en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica*”. En el caso, la manifestación de voluntad no solo es expresa, sino que es solemne, entendida ella como solemnidad constitutiva, al exigirse por la norma la necesidad de que se instrumente por escritura pública, de modo que la ausencia del instrumento público notarial impediría el proceder quirúrgico de la ablación del órgano.⁵

5 Algunas normas iberoamericanas también han encogido la forma instrumental notarial para plasmar la declaración de voluntad de disponer de órganos y tejidos humanos. Entre ellas, la Ley 28189/2004, de Perú, en su Artículo 10, la Ley ecuatoriana de 2011 en su

La dación de órganos y tejidos entre vivos crea una relación jurídica entre el dador y el receptor y habilita al personal médico a proceder a la intervención agresiva sobre el cuerpo del dador, al legitimar tal embate contra su integridad físico-somática para extraer de su cuerpo el tejido u órgano dispuesto.

Se trata de un *acto jurídico negocial*, en tanto la voluntad humana está dirigida a causar efectos jurídicos, provocados o buscados por el dador, a los que acabo de hacer referencia. El acto es perfecto y eficaz con la sola declaración de voluntad del dador o disponente, único titular del derecho a la integridad física sobre su cuerpo, de ahí que se trate de un acto *unilateral*. Igualmente, es un acto *individual*, en tanto que cada persona puede disponer por sí misma, según su parecer, sus intenciones y su buena voluntad, de los órganos y tejidos que atañen a su propio cuerpo. Si bien, siendo excepción, el acto puede ser realizado por los representantes legales de los menores de edad, previa escucha de estos, o por las personas con capacidad modificada o restringida, de no existir disposición judicial prohibitiva al respecto, y en todo caso, con la presencia de la persona que complementa el ejercicio de su capacidad (entiéndase también a los tutores de las personas judicialmente incapacitadas, previa autorización judicial al efecto). No obstante, en el Derecho comparado –como apunté–, las normas jurídicas tienden a ser muy cautelosas, exigiendo autorización judicial en procedimientos sumarísimos, a instancia de los representantes legales del menor o incapacitado (dígase progenitores o tutores). Por la naturaleza del objeto sobre el cual recae el acto, a saber: órganos y tejidos humanos, y las fluctuaciones del estado anímico de las personas, además del riesgo que pudiera representar para la vida, el disponente puede, en cualquier momento, volver sobre su decisión y revocarla. Por ello, es común que en el Derecho comparado se regule la *revocabilidad* del acto mismo de disposición de los órganos, en cualquier momento antes de proceder a iniciar la intervención quirúrgica.

2.2. Unilateralidad del acto

Por la trascendencia que tiene, desde el perfil notarial, es atinado profundizar en la naturaleza unilateral del acto dispositivo de órganos y tejidos

Artículo 35, y en el caso de Bolivia, la Ley 1716/1996, en su Artículo 6 y el Decreto Supremo 24671, en su Artículo 9. En otros países se declara la voluntad ante otras autoridades judiciales, registrales o administrativas. Así, en Chile lo es ante el director del establecimiento donde haya de efectuar la extracción (Artículo 6 de la Ley 19451/1996), en tanto en España ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate (Artículo 4 de la Ley 30/1979 y Artículo 9.4 del Decreto 2070/1999).

humanos. En efecto, la dación es un acto unilateral, en el que solo interviene el dador. Se trata de una declaración de voluntad no recepticia, pues al igual que el testamento se perfecciona aun cuando no llegue al destinatario tal declaración de voluntad. El acto dispositivo existe desde el momento en que se instrumenta ante Notario por escritura pública (*vid.* Artículo 15 del Reglamento), de tal modo que aun en el supuesto de que el contenido del documento público no sea notificado a cualquiera de sus destinatarios, si el dador, arrepentido del acto, quiere privarle de los efectos jurídicos que ya tiene, con independencia de que el receptor, conozca o no de la instrumentación notarial del acto jurídico, tendría que utilizar el expediente útil de la revocación para aniquilar los efectos del acto jurídico, ya perfecto.

Al ser un acto *unilateral*, en el orden instrumental, será suficiente la concurrencia del dador en el documento público, en calidad de compareciente (artículo 25 de la Ley de las Notarías Estatales, en lo adelante LNE). Solo es necesaria su presencia para que exteriorice la declaración de voluntad dispositiva del órgano u órganos y tejido(s). Por ello se justifica, etimológicamente hablando, que el *nomen iuris* atribuido al acto sea el de dación, y no el de “donación”. Dación es sinónimo de entrega, traspaso, concesión, transmisión, como realmente acontece con los órganos y tejidos disponibles por su titular. El término donación, por el contrario, se reserva en el Derecho civil para aquel tipo contractual, de naturaleza gratuita y con animo de liberalidad, a cuyo tenor un sujeto llamado donante, dispone de un bien a favor de otro, llamado donatario. Para que exista donación tiene que constituirse un consentimiento contractual con la convergencia de ambas voluntades, la del donante y la del donatario. Como contrato que es, la donación es un acto jurídico bilateral para su perfección, de lo cual está muy lejos la dación, en tanto que la naturaleza contractual le es extraña.⁶

6 J. Espinoza Espinoza: *Ob. cit.*, p. 247, aboga porque se denomine *cesión*, y no *donación*. A su juicio –en criterio que no comparto–, el término *cesión* “carece de connotación patrimonial”, lo que no es exactamente así, pues la cesión de derechos patrimoniales, *v. gr.* créditos, que puede ser no solo gratuita, sino también onerosa, en todo caso tiene naturaleza patrimonial (*vid.* artículos 256 al 262 del Código Civil). Posición contraria asume Santos Cifuentes: *Derechos personalísimos*, segunda edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 333, quien insiste en la precisión terminológica, en el sentido de objetar la denominación, tanto de *donación* como de *cesión* –criterio que sigo–, “no es donación, negocio este que importa un contrato por el cual el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien al donatario. La característica *extra commercium* del soma humano, no armoniza con las categorías patrimoniales desarrolladas en el derecho. Aun cuando la intención fuera poner de relieve el fin altruista de la disposición corporal, no podría ser identificada con una donación. El argumento es extensible a la cesión de créditos o derechos. De ahí que es más ajustado hablar del *dador y receptor*”.

2.3. ¿Naturaleza *intuitu personae*?

Como ya he apuntado, el acto de disposición de órganos o tejidos humanos requiere la presencia del titular de dichos órganos o tejidos, como expresión íntima del ejercicio del derecho a la integridad física de quien se desprende de un órgano o de tejidos de su cuerpo. Solamente a él compete exteriorizar la voluntad ante Notario. No se admite la representación voluntaria. Empero, no acontece lo mismo con la representación legal. La Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud Pública en su Artículo 6, y con carácter excepcional, autoriza a los menores de edad a la dación de células hematopoyéticas, no así de órganos, lo cual en principio resulta discutible, si bien es tendencia en el Derecho comparado.

En primer orden, no es lo mismo minoría de edad que ausencia del pleno ejercicio de la capacidad jurídica. El Artículo 6 puede entrar en colisión con el Artículo 29 del Código Civil que establece que el pleno ejercicio de la capacidad jurídica se alcanza no solo por arribar a la mayoría de edad –al cumplir 18 años–, sino también por matrimonio del menor. O sea, los menores de 18 años, que con autorización de sus progenitores o, en su defecto, de quienes están legitimados para dar dicha autorización, hayan contraído matrimonio, aún menores de edad, tienen pleno ejercicio de la capacidad jurídica y, en consecuencia, pleno ejercicio para disponer de órganos y tejidos. *Ergo*, el menor de edad casado puede concurrir perfectamente ante Notario público y disponer, *v. gr.*, de determinado órgano para su esposo o esposa.

En segundo orden, la norma no debió ser tan rígida y permitir, con carácter excepcional y previa autorización judicial, en proceso expedito a tal fin, la dación de un órgano de un menor de edad, a favor de otro de los parientes previstos en la norma, muy común a favor de hermanos. Algunas vidas humanas han sido salvadas gracias a la solidaridad sin límites de hermanos, aún menores de edad, eso sí, después de un estudio no solo físico o somático del dador, sino también psicológico. Una vez más, las excepciones pueden confirmar la regla. No se olvide que la Convención internacional de los

El propio autor también hace referencia (pp. 333-334) a que el término *dador* igualmente ha sido objetado por la doctrina, al equiparar su impropiedad con la del término *donante*. “No solo resalta la posibilidad de la retractación libre e incausada, hasta el tiempo de la operación, en que todavía puede expresar la voluntad, por lo que el ofrecimiento carece de fuerza obligatoria, sino que ni siquiera es posible el cumplimiento forzado e indirecto, ni la sustitución del ofrecimiento por el pago de daños y perjuicios. Los deslices terminológicos, sin embargo, frente a la generalización legislativa que no repara en ellos, hace que los autores utilicen esos vocablos indistintamente, pero para mí el más ajustado es el de *dador* [...]”.

derechos del niño de 1989, ratificada por Cuba, reconoce en el Artículo 3 el interés superior del menor y a la vez la capacidad progresiva de los menores, lo cual quiere decir, que los menores adultos tienen protagonismo en sus vidas, y nada mejor que escucharles su parecer en actos de tanta trascendencia como el de disposición de un órgano a favor de un pariente bien cercano. Algo similar, aplicando cuanta cautela resulte necesaria, sucede con las personas con discapacidad, a las que se les restringe o modifica el ejercicio de la capacidad jurídica. Conforme con el Artículo 12.2 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en el 2006, ratificada por Cuba, “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y si ello es así, habrá que tomar en cuenta la opinión de la persona con discapacidad, complementada a través de sus curadores o apoyadores, previa autorización judicial, en el supuesto en que se requiera, para permitirles ser protagonistas de un acto de tanta entrega y solidaridad humana como la dación de órganos y tejidos humanos.

Ahora bien, llama la atención que en el Artículo 6, en el único supuesto en que se autoriza a los menores de edad para disponer de las células hematopoyéticas, sea suficiente la representación de los padres o tutores, según corresponda, sin más autorización judicial, al menos en su proceso sumarísimo. Tratándose de un acto de tanto calado, no solo psicológico sino psicosomático, el que sea decisiva y suficiente la representación legal, de modo que la voluntad que se exteriorice en el instrumento público sea la de los progenitores o el tutor, según el caso, previa, por supuesto, información médica suficiente, pero sin intervención alguna de la fiscalía, como se espera y corresponde en casos en los que se cautelan intereses de menores de edad, resulta en cierto sentido contraproducente, al menos según el dictado del Artículo 3 de la Convención internacional de los derechos del niño que enuncia el principio del interés superior del menor.

2.4. El control notarial sobre la inexistencia de compensación económica

Compete al Notario indagar en la voluntad del dador, a los fines de comprobar la naturaleza verdaderamente altruista del acto que protagoniza y apartar cualquier sospecha de compensación económica por el órgano y tejido humano del cual dispone. El Notario como celoso guarda llaves del Derecho, ha de garantizar que la manifestación de voluntad del dador se

exteriorice de manera libre, consciente, y por pura generosidad. Compete, por su parte, al médico brindar la información necesaria que le permita al dador sopesar los riesgos psíquicos y somáticos que el acto de ablación del órgano o del tejido le han de suponer, a corto, mediano y largo alcance y, a su vez, las posibilidades de éxito que existen a favor del receptor, el mejoramiento de su calidad de vida, dado el restablecimiento de la salud que el trasplante implica para el paciente receptor.

Ha de tratarse de una manifestación de voluntad, verdaderamente informada. Lo que en la literatura bioética e, incluso, en muchas normas legales se denomina consentimiento informado. En este sentido, ha de quedar claro que el Notario garantiza la libertad de manifestación de voluntad del dador, el discernimiento para el acto en cuestión, el conocimiento de los efectos jurídicos del acto de naturaleza negocial que se instrumenta, y da por sentado que en el centro hospitalario el personal médico ha ofrecido toda la información necesaria respecto a los riesgos que la ablación puede llevar consigo, desde los quirúrgicos, los posquirúrgicos e, incluso, los que pueden devenir en el futuro en el orden profesional, personal y familiar. El dador, y también el receptor, han de estar plenamente informados de las secuelas, evolución, limitaciones y mejoría. No queda claro en la norma que al Notario se le aporte copia del documento suscrito por el dador en el centro hospitalario, relativo al “consentimiento” informado. De modo, que el dador expresaría la voluntad, primero⁷ a través de ese documento privado, de naturaleza administrativo-hospitalaria, ante dos testigos (que han de ser ajenos al equipo que practicará el trasplante), documento que formará parte de la historia clínica (según el Artículo 18 de la Resolución comentada) y, luego, ante Notario, interese la forma legal instrumental (constitutiva) de su declaración negocial de voluntad. El Notario autorizante garantizaría sin duda, no solo las presunciones de autenticidad, legitimidad y veracidad de todo lo contenido en el instrumento, sino que dotará al acto, en el plano del *dictum*, de los juicios de identidad, capacidad y legitimación.

Es dable apuntar, además, que tratándose de un acto limitado a concertarse entre parientes próximos o propincuos, la posibilidad, en principio, de compensación económica clandestina se reduce notoriamente. No obstante, en cualesquiera condiciones, la actuación notarial será un importante filtro para evitar casos de compraventa de órganos y tejidos, pero no puede perderse de vista que el manto de la fe pública solo cubre lo que se exterior-

7 Ciertamente, de la lectura de los artículos 15 y 18 de la norma no resulta preciso si la expresión de voluntad ha de plasmarse primero en el documento hospitalario (“consentimiento” informado) o en el documento público notarial.

riza en la audiencia notarial. El Notario actúa de *visu et auditu suis sensibus*. El instrumento recoge la manifestación negocial de voluntad, tal y como ha sido vertida en ese breve instante fugaz que se va, la perpetúa en el tiempo, pero reitero, el velo protector de la fe pública en sede material o negocial se extiende a la verdad del hecho de la declaración, no del contenido del hecho declarado, ni a las circunstancias previas o posteriores al acto, que se revelan en sede no notarial.

2.5. El dador. Requisitos que ha de cumplir

Disponente o *dador*,⁸ lo será toda persona con plena capacidad jurídica (según el dictado del Artículo 29 del Código Civil, y no como en el Artículo 3 de la comentada Resolución se establece, en el sentido de exigirse la mayoría de edad).⁹ A ello hay que unir el discernimiento del sujeto, su aptitud física y psíquica para el acto mismo de la ablación del órgano o tejido. *Ergo*, su declaración negocial de voluntad vertida ante Notario, ha de estar despojada de cualquier vicio que le afecte (ya sea, el error, el fraude o la amenaza, *vid.* Artículo 79 del Código Civil). Ha de exteriorizarse de manera convincente.

- 8 La Resolución utiliza como sinónimos –indebidamente–, los términos *dadores* y *donantes*, lo cual a mi juicio constituye un gazapo. El sentido de la norma es llamarles *dadores*, pero en el propio título de la disposición normativa se denomina el acto de disposición de órganos y tejidos humanos, *dación*, y a los sujetos disponentes, *donantes*.
- 9 De todas formas resulta atinente apuntar que en el contexto iberoamericano la mayoría de las normas homólogas establecen la mayoría de edad como presupuesto para la dación de órganos y tejidos humanos. Así, Artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina; Artículo 4 de la Ley 19451/1996 de Chile; Artículo 16 del Decreto 2493/2004; de Chile, Artículo 7 de la Ley 7409/1994 de Costa Rica; Artículo 13 del Decreto 91/1996 de Guatemala; Artículo 7 del Decreto 131/1982 de Honduras; Artículo 133 de la Ley General de Salud, de 1984, de México; Artículo 24 de la Ley 3/2010 de Panamá; Artículo 13 de la Ley 1246/1998 de Paraguay; Artículo 10 de la Ley 28189/2004 de Perú; Artículo 10 de la Ley 329/1998 de República Dominicana; Artículo 11 de la Ley 14005/1971 de Uruguay; Artículo 9 del Real Decreto 2070/1999 de España. Se significa que en casi todos los países la mayoría de edad se hace coincidir con los 18 años.

Como ha sostenido desde el Derecho argentino Julio C. Rivera: *Instituciones de Derecho civil. Parte general*, t. I, quinta edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 741, al comentar la legislación de su país sobre la ablación e implante de órganos y tejidos humanos, la restricción del trasplante entre vivos, en personas emparentadas por lazos de sangre, se justifica en tanto “existen mayores probabilidades de que no se produzca el rechazo inmunológico”, sin dudas “La ley procura que se eviten sacrificios estériles”. Su extensión a los parientes adoptivos y a los cónyuges se explica “por motivaciones asentadas en sentimientos de solidaridad familiar”. En todo caso, se procura evitar la venta de órganos.

El dador –como he explicado-, debe estar claro de los efectos jurídicos del acto de la dación y de los riesgos psíquicos y somáticos de la intervención quirúrgica por la cual se ablacionan aquellos.

2.5.1. PARENTALIDAD (POR CONSAGUINIDAD O POR AFINIDAD) O CONYUGALIDAD. MODO DE ACREDITARLO EN SEDE NOTARIAL

La dación de órganos y tejidos queda limitada en el Derecho cubano, eso sí, entre parientes consanguíneos o por afinidad, o entre cónyuges¹⁰ siguiendo así los derroteros del Derecho comparado.¹¹

- 10 Santos Cifuentes que ha estudiado, con especial detenimiento, el tema desde el Derecho argentino, al analizar la legislación de su país se lamenta que la Ley 24193/1993 haya mantenido una directiva limitadora a la dación de órganos *in vivos*, a pesar de que el texto original del proyecto suprimía tales límites parentales y conyugales. Apoyado en Rabinovich indica que “muchos médicos consultados se opusieron, por considerar que la liberación fomentaría el comercio de órganos y manifestaron que no creían que el Poder Judicial fuera capaz de descubrirlo y castigarlo”. A su juicio, la excusa resulta poco razonable, en tanto “El comercio de órganos siempre será posible, al margen de este problema y, por cierto, no hay que empañar e impedir con la impropia y esquiva idea del fomento de tal comercio, al fomento de la caridad para la salvación del prójimo”. *Vid.* Santos Cifuentes: *Derechos personalísimos*, segunda edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 346.
- 11 El Artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina extiende la posibilidad de la dación de órganos entre vivos a parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de consanguinidad, dejando explícito que también se favorecerían los parientes por adopción. En la misma posición está el cónyuge, o el conviviente del dador, siempre que esta relación o unión convivencial tuviere una duración no inferior a tres años, o a dos años, siempre que en este último caso de dicha relación hubiere nacido algún hijo. Esta fórmula legal es reproducida en el Derecho paraguayo (Artículo 13 de la Ley 1246/1998). Muy similar también es la orientación de Chile (Artículo 4 *bis* de la Ley 19451/1996) y Ecuador (Artículo 33 de la Ley de 2011), con la diferencia que no establecen término alguno para acreditar la convivencia en situaciones de uniones de hecho. Igualmente en Brasil (Artículo 9 de la Ley 9434/1997) se extiende a los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y al cónyuge, permitiéndose –por excepción–, la dación a favor de cualquier otra persona, siempre que sea autorizado judicialmente y se refiere únicamente a la médula ósea. Empero, nada se dice en relación con las uniones de hecho. En Honduras (Artículo 7 del Decreto 131/1982) la norma es mucho más restrictiva, admitiéndose solo a favor de los progenitores, los hijos, los hermanos del dador, sin que –inexplicablemente–, se haga extensivo a su cónyuge. La fórmula mexicana es ambigua, admitiéndose “entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad” (Artículo 333 de la Ley General de Salud de 1984. En Panamá (Artículo 24 de la Ley 3/2010) la consanguinidad se mantiene en el orden común del Derecho comparado, pero se hace extensiva a los parientes afines hasta el segundo grado, a partir de la existencia no solo del matrimonio, sino también de la unión libre consensuada válida o mantenida por más de cinco años, según certificación expedida por el alcalde o por un Notario. En República Dominicana (Artículo 3 de la Ley 329/1998) la parentalidad se extiende a los descendientes y

El Artículo 3 del Reglamento deja explícito que procede entre los sujetos comprendidos en la norma, por lo que aplicando la máxima *inclusio unius est exclusio alterius*, los sujetos que no se incluyen en dicho precepto no serán entre sí dadores y receptores de órganos y tejidos humanos,¹² salvo en el caso de la dación de sangre, que suele tener un tratamiento independiente en el Derecho comparado, si bien ello no queda dicho en el citado Reglamento.

De modo que, cabe la dación entre parientes consanguíneos hasta el segundo grado de consanguinidad, lo mismo en la línea recta descendente que en la línea recta ascendente que en la colateral, pues no se distingue en la norma (en ellos están comprendidos los hijos respecto de los padres o viceversa, los nietos respecto de los abuelos o viceversa y los hermanos entre sí, lo mismo de doble vínculo que de vínculo sencillo).¹³ En estos supuestos, la genética podría conspirar a favor del éxito del trasplante.¹⁴

Cabe también entre cónyuges, y en tal sentido hay que retomar la regulación del matrimonio en el Código de Familia cubano (*vid.* artículos 2, 18 y 19), pues para poder acceder al trasplante, será requisito la existencia de un matrimonio, ya sea este formalizado, o devenido luego del éxito del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada. No sería suficiente la existencia de una unión de hecho, sin más. Si uno de los unidos pretendiere disponer de uno de sus órganos a favor de su pareja de hecho,

ascendientes, sin límites, y a los colaterales hasta el segundo grado, así como al cónyuge o al conviviente, sin regular término mínimo de la convivencia. En Uruguay (Artículo 13 de la Ley 14005/1971) los parientes favorecidos con el acto de dación entre vivos lo serán los que estén vinculados por consanguinidad o afinidad en línea recta o en la colateral hasta el cuarto grado, y también el cónyuge con una antigüedad de dos años o la pareja de hecho, supuesto en el cual se requerirá la autorización judicial. Por su parte en Venezuela (artículos 18-34 de la Ley de 2011), la parentalidad se extiende hasta el quinto grado de consanguinidad, el cónyuge, el miembro de una unión de hecho estable, con un término de duración de al menos dos años, comprobado por autoridad civil.

- 12 Posición demasiado hermética al no admitir excepciones, como acontece en algunos ordenamientos jurídicos de la región. En Argentina (Artículo 15 de la Ley 24193/1993), Brasil (Artículo 9 de la Ley 9434/1997) y Paraguay (Artículo 13 de la Ley 1246/1998), por ejemplo, no se exigen vínculos parentales para la dación de la médula ósea.
- 13 Inexplicablemente el artículo incluye en un inciso a los parientes de primer grado de consanguinidad, y en el otro, a los parientes de segundo grado de consanguinidad. Cuando, utilizando mejor el idioma español, debió decir: “los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad”, pues con tal expresión quedarían comprendidos, por supuesto, los que distan un solo grado de parentesco entre sí.
- 14 De ahí que, conforme con lo previsto en el artículo 99 del Código de Familia han de entenderse comprendidos los parientes adoptivos, dígame hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos, en tanto que nuestra adopción es una adopción plena, que extingue “los vínculos jurídicos paterno-filiales y de parentesco que hayan existido entre el adoptado y sus padres y los parientes consanguíneos de estos últimos”.

tendría que formalizar matrimonio pues la lógica indica que de existir común acuerdo en la pareja, no se recurrirá a la sede judicial, cuando concurriendo ante Notario o ante registrador del estado civil, puede perfectamente darse forma legal al matrimonio entre ellos convenido. A mi juicio, se desprotege la familia resultante de una unión de hecho, concretamente a los miembros de la pareja que si quieren ser respectivamente, dador y receptor de un órgano humano, con lo cual la vida les podría ir, tendrían necesariamente que abandonar el proyecto de vida que trazaron y tomar el cauce del matrimonio, de modo que se vería seriamente lesionado el derecho al libre desarrollo de su personalidad, y el de autonomía privada y familiar.

Están legitimados también para disponer y recibir órganos y tejidos humanos, entre sí, los hijos de un cónyuge con respecto al otro cónyuge, expresión del reconocimiento de las familias reconstituidas o ensambladas, como nueva forma de constelación familiar, resultante de un nuevo matrimonio de al menos, uno de los miembros de la pareja, y la convivencia con los hijos del otro. Eso sí, esta familia reconstituida resultante, tendría que tener como fuente el matrimonio y no la unión de hecho, pues el dictado de la norma es claro cuando se refiere al hijo de un cónyuge con respecto al otro cónyuge, o sea, ha de probar documentalmente su condición de hijo afín, frente al padre o madre afín y para ello será necesaria la previa existencia del matrimonio, de su progenitor o progenitora con quien resulte receptor o receptora del órgano. De tratarse de una unión de hecho, acontecería lo mismo, o sea, habría que formalizar previamente el matrimonio para acreditar la legitimación necesaria para concurrir ante Notario en calidad de dador de un órgano o tejido humano, frente a ese determinado receptor. Es loable que la norma haya dado viso normativo a un supuesto en que se fortalecen los lazos entre padre o madre afín e hijo afín, máxime en un país en el que el número de familias ensambladas formadas es verdaderamente significativo. Nada mejor que un acto de semejante filantropía para sellar el reconocimiento en sede jurídica de este tipo de familia.

En el plano del *dictum*, el Notario exigirá, además del documento de identidad del dador, a los fines de ofrecer un juicio de identidad del compareciente, los documentos que acrediten el parentesco de la persona que resultará receptora del órgano o del tejido, para lo cual se hace imprescindible aportar las certificaciones que justifican el parentesco, a partir de la filiación, o la que acredita el matrimonio, así sea el lazo o vínculo que ata al dador con el receptor (*vid.* artículos 3, 31, 34, 55 y 72, todos de la Ley del Registro del Estado Civil).

Así:

a) De tratarse de parientes consanguíneos hasta el segundo grado de consanguinidad, habría que aportar la certificación de nacimiento del dador, si el receptor o receptora fuere su madre o su padre, o viceversa, o sea, si fuere el hijo. De ser el abuelo, no sería suficiente aportar la certificación de

nacimiento del dador, en la que se consignan tan solo los nombres de los abuelos, pero no los apellidos. Se haría necesario aportar la certificación de nacimiento del padre o de la madre del dador, según se tratara de los abuelos paternos o de los abuelos maternos. Si el beneficiario fuere un nieto o nieta, el abuelo dador tendría que aportar su certificación de nacimiento, la de su hijo, y la de su nieto. En caso de los hermanos, es suficiente aportar la certificación de nacimiento de ambos (o sea, de dador y de receptor).¹⁵

b) En el caso de los cónyuges, necesariamente hay que aportar la certificación de matrimonio, prueba ineludible de su existencia.¹⁶ Empero, no

15 No obstante, en algún fallo judicial se ha admitido la posesión de estado cuando la condición de hermano de vínculo sencillo no es posible acreditarla documentalmente, por no haberse practicado la inscripción por el progenitor, que en el orden fáctico, no así jurídico, es el ascendiente común tanto del dador potencial como del receptor potencial. Se trata de un interesante fallo judicial argentino en el que el potencial receptor de un riñón promovió acción de amparo en el Departamento Judicial de Mar del Plata con el fin de obtener autorización judicial para que su medio hermano, no reconocido por su padre, pudiera actuar como dador del órgano que por su insuficiencia requería. Desde 1989, el accionante padecía serios problemas de salud de índole hepática. En 1991, le habían diagnosticado una insuficiencia renal crónica terminal, por lo que comenzó a tratarse con sesiones de hemodiálisis y en el año 1993 obtuvo la jubilación anticipada por incapacidad. Desde el año 1992 se encontraba inscripto en lista de espera en el INCUCAI, incoando la acción de amparo cuatro años más tarde, o sea, en 1996. Su medio hermano le había manifestado al accionante que si se daban las condiciones médicas, él se ofrecía como dador. Iniciados los trámites, se comprobó *prima facie* que el potencial dador reunía los requisitos para el trasplante. Pero el futuro receptor se encontró lamentablemente con el obstáculo devenido de la formulación del Artículo 15 de la ley de trasplantes, es decir, que el trasplante no podía prosperar a raíz de que ambos llevaban distintos apellidos y no podían demostrar su parentesco. Ante tal situación, y frente a previsto en el citado Artículo 15 que impedía el trasplante *inter vivos* entre extraños, no relacionados por los lazos determinados, el potencial receptor solicitó autorización para recibir el órgano de su medio hermano, ratificada en todas sus partes por el futuro dador. En el Juzgado Criminal y Correccional de Mar del Plata, No. 3, el Dr. Pedro Federico Hooft acogió dicha pretensión, resolviendo *in substantia*, ante la posesión de estado, hacer lugar a la acción de amparo promovida por el potencial receptor, declarando que no existía impedimento jurídico para la praxis médica, consistente en la ablación de un órgano –riñón– al medio hermano por parte del padre del accionante, en el carácter de dador, para su ulterior implante al actor, paciente receptor, sin perjuicio del cumplimiento de todos los demás recaudos previstos en la Ley 24.193 y normas reglamentarias por parte del equipo médico autorizado y responsable de los actos quirúrgicos pertinentes. En los argumentos del fallo, el magistrado advierte que la afectación sin riesgos graves de la integridad física del dador se legitima en orden al valor solidaridad, que en el caso se traduce en un beneficio terapéutico que tiende a salvar la vida del receptor, unido al primero por sólidos lazos afectivos. *Vid.* Fernando Alfredo Sagarna: “Trasplantes de órganos *inter vivos* entre medio hermanos de un mismo padre no reconocidos por este”. Nota a Fallo, *ED*, 173-104, *passim*.

16 Resulta interesante en tal sentido la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional No. 3, Mar del Plata, de 6 de junio de 1995, en el caso “R., I. B. y otro s./ Amparo”, en <http://cuadernos.bioetica.org/fallos1.htm>. En efecto, se había promovido formal acción de amparo por parte de la Sra. I.B.R. y el Sr.

tendrán esta condición los cubanos y cubanas que han formalizado matrimonio con personas del mismo sexo, en países que han regulado el llamado matrimonio igualitario, dado que los efectos jurídicos de dicho matrimonio, no podrán hacerse valer en el país, bajo la excepción de orden público (*vid.* Artículo 21 del Código Civil).¹⁷

c) Para el supuesto de hijos respecto de padres o madres afines, o viceversa, hay que acreditarlo con la certificación del matrimonio entre el pro-

M.D.B. tendiente a la solicitud de autorización judicial para el trasplante de riñón entre personas, intervención médica en la que la Sra. R. concurriría en su calidad de potencial dadora, y el Sr. B en el carácter de paciente receptor. Es de reseñar que uno y el otro habían estado casados entre sí con una hija en común de 9 años, pero al momento de interesarse la dación del riñón ya tenían disuelto el vínculo matrimonial. A tales fines, se recurre a la tutela judicial, en razón de la certificación expedida por el jefe del servicio de nefrología del Hospital Privado de Comunidad donde se consigna que atento a las disposiciones de la ley nacional de trasplantes de órganos, “de no mediar una orden judicial” M.D.B. no podría recibir un riñón de I.B.R. (su ex-cónyuge), resultando del contexto de la aludida certificación que el impedimento surge de la interpretación literal de las previsiones del Artículo 15 de la Ley 24193, que limita la ablación de órganos con fines de trasplante entre personas en los supuestos de parentesco o vínculos contemplados en dicha norma. La sentencia da una lección a los defensores de una interpretación literalista o apegada a la letra de la ley, con la consecuente conculcación de los valores supremos cautelados por la Constitución y demás normas legales que forman el ordenamiento jurídico y que en temas como este tiene un especial significado. En su razonamiento el juez deja sentado que: “[...] el caso sometido a decisión judicial no se encuentra literalmente contemplado en la ley vigente. Sin embargo y en razón de las múltiples circunstancias jurídicas y éticamente relevantes, [...] procede hacer lugar a la acción de amparo, autorizando expresamente la ablación y trasplante de riñón peticionado que encuadra en una situación no prevista expresamente en la normativa vigente”, “Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la limitación estatuida en el Artículo 15 de la Ley 24.193, [...] una interpretación teleológica o finalista, atenta a los valores constitucionales en juego, la filosofía que informa la ley 24.193, en armonía con el orden jurídico en su totalidad, con preocupación por las consecuencias valiosas o disvaliosas de la sentencia [...] autorizar la ablación y posterior trasplante impetrado en autos deviene como la solución más justa y conforme a derecho”, “La salud, y potencialmente la vida del paciente-receptor, se encuentra afectada a peligros que pueden ser razonablemente mitigados o superados mediante una afectación mínima de la integridad corporal de la donante que, según consideraciones vertidas en la presente resolución, se legitima ética y jurídicamente”, “dentro de un sistema constitucional-democrático, el reconocimiento, protección y promoción de los derechos y libertades fundamentales importa un objetivo prioritario. Es por ello que el principio supremo de justicia que consiste en atribuir a cada individuo una amplia esfera de libertad, que permita su personalización, el desarrollo de su personalidad [...], exige el respeto a las decisiones autónomas en la medida que las mismas no afecten la moral, las buenas costumbres, el orden público, y los legítimos derechos de terceros”.

¹⁷ Tema hartamente polémico, sobre todo de cara al Derecho internacional privado, con posiciones encontradas en la doctrina.

genitor o la progenitora con la madre o padre afín, y la certificación de nacimiento del hijo del cónyuge no receptor.

2.5.2. DADORES MENORES DE EDAD. REPRESENTACIÓN. LA DACIÓN SOLO SOBRE CÉLULAS HEMATOPOYÉTICAS

Ya he explicado que los menores de edad, salvo que hubieren formalizado matrimonio, supuesto en el cual, aún menores de edad, ya habrían alcanzado la plena capacidad jurídica –Artículo 29.1 b) del Código civil–, solo pueden disponer, sin excepción alguna, de células hematopoyéticas.¹⁸ Es decir, no hay posibilidad de la dación de un órgano humano en menores, ni aun a favor de sus progenitores, ni de sus hermanos, ni excepcionalmente, con autorización judicial.¹⁹ Posición que debía haber sido superada, pues podría estar la salvación de la vida de un menor de edad, en el cuerpo de otro, hermano de este, con edad ubicada en lo que la doctrina suele denominar menor adulto (o sea, a partir de los 14 años), el que, en razón del principio de capacidad progresiva, pudiera tener discernimiento adecuado para disponer a favor de su hermano de un órgano o de tejido humano regenerable (entre ellos la médula ósea, que suele ser una excepción en algún ordenamiento jurídico).²⁰

Luego, según el dictado de la Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud Pública, un menor será dador *inter vivos* si la dación versa exclusivamente so-

18 Se responde así a uno de los principios aprobados por la OMS sobre el trasplante de células, tejidos y órganos humanos, a cuyo tenor la dación en menores, lo que se hace extensivo a personas incapacitadas, tendrá carácter excepcional.

19 En el Derecho comparado iberoamericano el comportamiento es similar, pero con matices, de este modo, en Costa Rica el Artículo 7 de la Ley 7409/1994 dispone que en caso de menores de 18 años, pero si ya han arribado a los 15 años, la autorización la darán los padres, tutores, representantes o, en su caso, los tribunales, si no hay objeción del menor de edad, o sea, cabe la dación de órganos en los llamados menores adultos, con intervención de estos y de sus representantes legales. En Paraguay, el Artículo 13 de la Ley 1246/1998 también admite la dación de órganos y tejidos en menores de edad, sin distinción al respecto, previa autorización de sus representantes legales y a favor de los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, cónyuge o conviviente. En Perú también se admite la posibilidad de que los menores de edad sean dadores, siempre que sus receptores sean sus hermanos (Artículo 26 del Decreto Supremo 014-2005-SA). En Venezuela la dación en menores solo se autorizará a favor de receptores vinculados parentalmente en el orden de los progenitores, los hermanos y descendientes directos, siempre que exista el consentimiento de la madre, padre y la autorización de un tribunal de protección de niños, niñas y adolescentes y sea escuchada la opinión del niño, niña o adolescente.

20 En tal sentido cabe señalar el Artículo 15 de la Ley 24193/1993 de Argentina que permite que en los supuestos de implantación de médula ósea “Los menores de dieciocho (18) años –previa autorización de su representante legal– podrán ser dadores solo cuando los vincule al receptor un parentesco de los mencionados para la donación entre vivos”.

bre células hematopoyéticas, lo que así quedará narrado en la parte dispositiva del documento público que recoja la declaración negocial de voluntad de sus progenitores, de ambos, según lo previsto en el Artículo 85, apartado 5), del Código de Familia. A diferencia de otros textos legales, el nuestro no permite, al menos con carácter excepcional, concentrar el ejercicio de la patria potestad en uno de los progenitores cuando, dada la perentoriedad del acto que se pretende instrumentar —como puede ser el estudiado—, la presencia del otro progenitor lo hiciera irrealizable, con perjuicios irreparables, y a este le resultare imposible asistir a sede notarial, *v. gr.*, por estar recluso en un establecimiento penitenciario, lejano al lugar donde se va a instrumentar el acto, o estar fuera del territorio nacional, sin posibilidad inmediata de regreso al país, por causa debidamente justificada y de carácter excepcional. Téngase en cuenta que en estas circunstancias no tendría lugar un negocio autorizativo del padre o la madre con patria potestad, sobre la disposición de las células hematopoyéticas del hijo menor de edad, pues el Artículo 6 de la Resolución del Ministro de Salud Pública, en relación con el comentado Artículo 85, apartado 5), del Código de Familia, aluden a la representación de sus padres, en número plural y con el sentido de representación que implica la *contemplatio domini*, o sea, la actuación o gestión representativa en atención a una tercera persona, en este caso del hijo común, actuando ambos de consuno, y no independientemente el uno del otro. La representación de los progenitores en el Derecho familiar cubano, en razón de la patria potestad que se ejerce sobre ellos es dual, indelegable, personalísima. Una cuestión es autorizar o habilitar al menor para realizar un acto *v. gr.*, viajar a un tercer país, y otro es representarlo en un acto jurídico, del cual el titular del acto, la parte en sentido material o sustancial, en razón de la titularidad del derecho que se ejerce, es el propio menor de edad. La representación legal de los progenitores es ejercicio de la patria potestad, como tal personalísimo.

Si el menor de edad estuviere sujeto a tutela, corresponderá al tutor su representación legal según lo dispuesto por el Artículo 151 del Código de Familia, y dado que la Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud no franquea la posibilidad que establece el citado precepto del Código de Familia, o sea, que el tutelado pueda realizar por sí mismo el acto, con independencia de su capacidad progresiva, su madurez psicológica, su desarrollo intelectual, siempre sería representado en el instrumento notarial por su tutor, sin necesidad de autorización judicial, al no tener el acto naturaleza patrimonial, conforme con lo regulado por el Artículo 155 del Código de Familia, siendo suficiente y completa la representación del tutor. Para ello desde el plano instrumental será necesario aportar copia de la resolución judicial por la que el tribunal nombra al tutor, con nota de firmeza y certificación de su inscripción en el registro de tutelas que lleva cada tribunal municipal de

todas las tutelas constituidas por él,²¹ con lo cual se justificaría la legitimación del tutor del dador, para disponer de las células hematopoyéticas. Tratándose de menores de edad, los notarios velarán por el cumplimiento a cabalidad de los requerimientos exigidos por el Derecho vigente, en tanto corresponde al personal médico y psicológico que ha atendido al menor de edad la obtención del “consentimiento” informado, a partir del conocimiento por este y por su representante de los riesgos de la extracción de las citadas células.²² Sin duda, en dependencia de la edad del menor y demás elementos que apuntan a su capacidad progresiva, ha de ser escuchado para la toma de esta decisión con indudables implicaciones psicosomáticas. En tal sentido, a tenor de lo establecido en el Artículo 12.1 de la Convención internacional de los derechos del niño, de 1989, ratificada por Cuba, “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Y qué mejor entonces que escuchar al menor de edad en un acto como la dación de células hematopoyéticas en tanto atañe al derecho a su integridad física, habilitante de un acto médico que invade su propio cuerpo.

2.5.3. LA OMISIÓN RESPECTO A LAS PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA, O INCAPACES

Nuevamente se hace mutis en una norma jurídica cubana, de reciente facturación, de al menos un precepto que ofrezca tutela a las personas que con motivo de ciertas discapacidades físico-motoras, intelectuales o sensoriales les ha sido modificada o restringida la capacidad de ejercicio, a tenor de lo

21 Se aconseja que el Notario exija la actualidad de la certificación de inscripción de la tutela, a los fines de ofrecer el juicio de subsistencia de las facultades de representación que tiene el tutor sobre el pupilo, aun cuando no se haya establecido nada al respecto, en tanto el sentido común y la lógica se imponen.

22 Según el Artículo 16 de la Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud Pública “El personal facultativo correspondiente informa al dador potencial vivo sobre los riesgos potenciales de la intervención quirúrgica para la extracción del órgano, las consecuencias previsibles de la dación en el orden somático, psíquico, familiar y profesional, los beneficios esperados en el paciente receptor, así como las alternativas terapéuticas en caso de no realizarse el trasplante o el mismo no tenga éxito”. Empero, no hay un precepto que se refiera expresamente a los supuestos de dadores de células hematopoyéticas, menores de edad, lo cual tendría sus particularidades, por la presencia de los representantes legales y la necesidad de la escucha del menor. En todo caso, la información ha de ser ponderada, conforme con la instrucción y nivel cultural del dador, con lo cual se evitan decisiones intempestivas, poco pensadas, que obedezcan más a impulsos emocionales, que a decisiones razonadas, meditadas y reflexivas.

consagrado en el Artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006, y del Artículo 30 del Código Civil. Al seguir los derroteros de la Convención, el reconocimiento del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad como derecho humano, supone el procurar que las personas con discapacidad puedan ser protagonistas de sus propios actos, si bien con el auxilio de ciertos apoyos y salvaguardas para el efectivo ejercicio de sus derechos y la válida conclusión de los actos y negocios jurídicos en los que participe. En consecuencia, es innegable que una persona a la cual se le haya restringido el ejercicio de la capacidad jurídica puede disponer de un órgano o tejido humano, si fuere necesario y esa fuera su voluntad, libre de cualquier vicio, y con plena información médica, según el alcance de su discernimiento y sus potencialidades psicológicas, como persona. No se trata de negarle esta posibilidad por la sola circunstancia de su discapacidad. Un acto de tanta generosidad puede ser realizado por dichas personas con el apoyo o complemento del ejercicio de la capacidad, por el curador o apoyador, determinado judicialmente.²³

2.5.4. DADORES EXTRANJEROS

Dado el alcance internacional, y especialmente latinoamericano que tiene la medicina cubana, y en concreto los trasplantes de órganos y tejidos humanos, la Resolución ministerial ha dedicado dos preceptos para regular lo relativo a la presencia del elemento extranjero. Concretamente a los ciudadanos extranjeros que no residan permanentemente en el país, pues estos últimos se equiparan a los ciudadanos cubanos –según el Artículo 34 constitucional–, no solo en la protección de sus personas y bienes, sino también en el disfrute de los derechos y el cumplimiento de los deberes reconocidos en la Constitución, bajo las condiciones y con las limitaciones que la ley fija. A los fines notariales, importa que, además de los requerimientos ya estudiados para el acto de dación, en el caso de los extranjeros que no residan permanentemente en el país, a los fines del trasplante proyectado, se exige a tenor del artículo 22 de la Resolución la “aprobación de la Organización de Trasplantes de su país de residencia o en defecto del Ministerio de Salud correspondiente; excepto los residentes en los países con los que Cuba tenga convenios de colaboración en esta materia”, extremo que será ne-

23 Al respecto *vid.* lo que ya he dicho en “El Notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección. Crónica de un protagonismo anunciado”, *Revista jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado español, Nos. 88-89, octubre-diciembre de 2013 y enero-marzo de 2014, pp. 579-655 y la bibliografía que allí citó.

cesario acreditar ante las instituciones hospitalarias y de igual manera ante el Notario, como presupuesto de legitimación del acto mismo de dación, ya que sin el cumplimiento de este requisito habilitante, no se podría disponer de órgano o tejido alguno en territorio cubano.

Tratándose de extranjeros, según los dictados del Código Civil, es de aplicación lo previsto en el Artículo 12.1, a cuyo tenor “La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas”, de ahí que el pleno ejercicio de la capacidad jurídica por mayoría de edad, tendría que ajustarse a lo que el Derecho interno del Estado del cual es ciudadano dispone para este acto concreto, según lo establecido por la legislación especial, salvo situaciones de reenvío a otra ley, o a la propia ley cubana (*vid.* Artículo 19 del Código Civil). En consecuencia, el Notario exigirá certificación expedida por las autoridades nacionales del Estado del cual es ciudadano el dador, acreditativa de la capacidad civil para el acto en concreto de dación de órganos y tejidos humanos, documento que ha de ser certificado por la autoridad consular cubana en el país en que se expide, legalizada después la firma del funcionario consular en la Dirección de Asuntos Consulares y de Cubanos Residentes en el Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores y protocolizado después por acta ante Notario cubano (*vid.* artículos del 96 al 99 del Reglamento de la Ley notarial) . Tómese en consideración, y solo a modo de ejemplo, que a diferencia de Cuba, en otros ordenamientos jurídicos la emancipación voluntaria por los progenitores, pudiera conllevar la válida y eficaz declaración de voluntad dispositiva de órganos y tejidos humanos, supuesto en el que el emancipado, sin haber formalizado matrimonio, ni haber arribado a la mayoría de edad, conforme con su ley personal, pudiera comparecer ante Notario cubano en calidad de dador potencial.

En atención a la regla *locus regit actum* (*vid.* Artículo 13.1 del Código Civil), las normas sobre forma serían las cubanas, cualquiera sea la ciudadanía del compareciente. El Notario autorizaría el instrumento público según lo previsto en las normas notariales vigentes en el país.

2.6. El reservorio instrumental: la escritura pública

Los artículos 3 y 15 del Reglamento para la dación y trasplantes de órganos y tejidos en donantes vivos, *rectius*, dadores vivos, deja esclarecido que el recipiente en que se volcará la declaración de voluntad del disponente o dador es la escritura pública, al ser constitutiva esta de una declaración

negocial de voluntad (*vid.* Artículo 13 a) de la Ley de las Notarías Estatales). De ahí, que el Notario tendrá que dibujar los esquemas de la escritura pública para darle un ropaje instrumental a dicha declaración de voluntad, según las normas reguladoras de la estructura misma de este tipo particular de documento público notarial, con los efectos jurídicos que le son consustanciales; en concreto, la eficacia probatoria y solemne-constitutiva que el documento público reviste para la dación de órganos y tejidos humanos, amén de la eficacia legitimadora para el proceder quirúrgico de la ablación y trasplante del órgano y tejido dado.

En dicha escritura pública ha de quedar bien delimitado sobre cuál o cuáles órganos, o sobre cuál o cuáles tejidos se dispone. No se trata de una dación, sin más, sino de una dación sobre determinados órganos o tejidos humanos. Pudiera ser sobre un solo órgano, o sobre un órgano y un tejido. En todo caso, hay que ajustarse a la voluntad del dador, debidamente informado.

En igual sentido, el Notario debe dejar esclarecida la identidad del receptor, a través de los distintos factores identificativos de la persona, previa comprobación de la legitimación de ambos sujetos para el acto, por medio de las certificaciones acreditativas del parentesco o del matrimonio, según lo he explicado.

2.6.1. NOTARIO COMPETENTE, ASESORAMIENTO PREESCRITURARIO Y ADVERTENCIAS REGLAMENTARIAS

Todo Notario cubano, cualquiera sea su competencia territorial y el lugar concreto en que ejerza la función (sede notarial), es competente para autorizar la escritura pública que contiene la dación de órganos y tejidos humanos.

De lo que he venido explicando, tampoco hay duda de que se trata de una temática que representa un marcado interés para el notariado cubano, muy poco dado en autorizar instrumentos públicos en los que se ejerciten derechos de la personalidad, en el caso, el derecho a la integridad física del sujeto, vinculado a procedimientos médicos-quirúrgicos. En tal sentido, el notariado deberá abreviar en otras fuentes, esencialmente aquellas relativas a los actos de naturaleza no patrimonial.

El asesoramiento y el consejo se imponen en este nuevo cometido atribuido al notariado cubano. Como labor técnica, el Notario debe ofrecer un asesoramiento pre y posescriturario. El dador ha de llegar plenamente informado al instrumento. No solo es suficiente la información médica, sino también la jurídica que corresponde dar al Notario, sobre el acto mismo de la dación, su naturaleza, su revocabilidad, incluso, el carácter parcial de esta y los efectos que en Derecho ello provoca. Compete al Notario moldear

esa declaración negocial de voluntad, darle el acabado que corresponde, ajustarla a los cauces necesarios en pos de la finalidad que se persigue. El Notario ha de brindarle información sobre la propia naturaleza del acto, haciendo especial hincapié –como apunté–, sobre su revocabilidad en cualquier momento y la vía instrumental para ello.²⁴

2.7. La naturaleza esencialmente revocable del acto: su plasmación instrumental

La dación de órganos y tejidos humanos es una declaración negocial de voluntad, revocable *ad libitum*, en razón de la naturaleza del derecho que se ejercita y sobre los bienes que se disponen.

El dador ha de estar informado, primero por el equipo médico y psicológico que le atiende (*vid.* Artículo 15 *in fine* del Reglamento), y luego por el Notario ante el cual documenta su declaración de voluntad, sobre la naturaleza revocable del acto. La mayoría de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos se pronuncian en este sentido, o sea, el dador puede, en cualquier momento, revocar el acto de dación, antes del instante mismo de la intervención quirúrgica.²⁵ Entiéndase que lo que se revoca es el acto en sí, que contiene la voluntad de disponer de determinados órganos y tejidos humanos, de ahí el gazapo en que se incurre por el autor de la norma cuando en dicho precepto utiliza la conjunción disyuntiva “o”, al regular la revocación del acto o su decisión, lo cual es tautológico, la decisión de dar el órgano o el tejido está contenida en la declaración de voluntad de naturaleza negocial en que consiste la propia dación. No se trata de dos figuras diferentes. En este ámbito, no se revocan decisiones, sino el acto jurídico concreto, ya perfecto

24 Sobre el deber de asesoramiento *vid.* José Javier Cuevas Castaño: “Aspectos éticos y jurídicos del deber notarial de asesoramiento”, en *Revista de Derecho Notarial*, Nos. 137-138, julio-diciembre de 1987, pp. 226-245, *passim* y Antonio Rodríguez Adrados: “El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 107, enero-marzo de 1980, pp. 311-315.

25 Así, el Artículo 15 de la Ley 24193 de Argentina; Artículo 16 de la Ley 1716/1996 de Bolivia; Artículo 9 de la Ley 9434/1997 y Artículo 15 del Decreto 2268/1997 de Brasil; Artículo 4 *bis*-6 de la Ley 19451/1996 de Chile; Artículo 17 del Decreto 2493/2004; Artículo 7 de la Ley 7409/1994; Artículo 38 de la Ley 2001 de Ecuador; Artículo 128 J del Decreto 955 de El Salvador; Artículo 9 del Decreto 131/1982 de Honduras; Artículo 333 de la Ley General de Salud de 1984 de México; Artículo 27 de la Ley 3/2010 de Panamá; Artículo 13 de la ley 1246/1988 de Paraguay; Artículo 10 de la Ley 28189/2004 de Perú; Artículo 21 de la Ley de 2011 de Venezuela; Artículo 9.5 del Real Decreto 2070/1999 y el Artículo 7 del Real Decreto 1301/2006, de España.

desde su instrumentación notarial.

Si bien la norma no lo deja explícitamente regulado, desde una interpretación teleológica de la Resolución ministerial y tras una lectura pausada de su Artículo 15, podría colegirse que la revocación que *per se* es otro acto, cuya finalidad es destruir los efectos jurídicos de la dación misma, a través del ejercicio de la autonomía privada del sujeto dador, ha de revestir la misma forma solemne-constitutiva que la dación. Si así se interpretara, el acto de revocación tendría idénticas garantías y ventajas que la que ofrece la intervención notarial para el acto mismo de dación de órganos y tejidos humanos. La copia de la escritura pública de revocación se aportaría al personal médico para que sea archivada en la historia clínica del paciente (*vid.* Artículo 20 de la Resolución).

Una segunda interpretación, también con fuerza en este sentido, permitiría sustentar que la revocación, a diferencia de la dación, no requiere de las mismas garantías, pues la posibilidad, aunque remota de compensación económica, aquí no opera. La revocación no afecta la integridad psicossomática del dador. Y respecto del receptor, este nada puede exigir, pues la dación es un acto enteramente libre y altruista del disponente, quien puede arrepentirse en cualquier momento antes de la intervención quirúrgica, lo cual no quiere decir que la revocación misma en un momento previo al proceder quirúrgico pueda representarle una sensación de frustración al receptor, pero ello no trascenderá en el campo del Derecho. *Ergo*, cabría la revocación, ante el personal médico, eso sí, por documento privado,²⁶ debidamente firmado por el revocante.

La revocación puede ser total o parcial, y ello depende de lo dispuesto en el acto de dación. Podría disponerse en un mismo acto de la dación de un órgano y de tejidos humanos, y posteriormente revocarse respecto del órgano o de los tejidos. El Notario que instrumente tal revocación debe hacer especial énfasis en la parte dispositiva del documento sobre qué versa la revocación, qué es lo que se revoca y qué es lo que queda subsistente. Lo que nunca sería posible es supeditar condicionalmente ni la dación ni la revocación.

De documentarse ante Notario, corresponde autorizar la escritura pública de revocación de dación de órganos y tejidos humanos, en la que comparecerá el revocante (antes dador), o sus representantes legales (progenitores o tutor), en el caso que corresponda. Ello, a pesar de que la Resolución haga mutis respecto a este particular. A mi juicio, una omisión imperdonable. Al admitirse la dación de células hematopoyéticas por menores, el mismo *ius poenitendi* del que es titular el dador, lo será también de los represen-

26 Nada priva que en los hospitales se lleve una proforma de la revocación.

tantes legales, que en cualquier momento, antes de la intervención quirúrgica, pueden arrepentirse de la declaración de voluntad exteriorizada ante Notario. En tales circunstancias podría suscitarse que uno solo de los progenitores concorra ante Notario para revocar el acto. Empero, tratándose de un acto en el que se actúa como representante de un menor de edad, en ejercicio de la patria potestad, que es dual, para que proceda la autorización de la escritura pública de revocación tendrían que concurrir ambos progenitores, de lo contrario no cabe su autorización notarial. A lo cual habría que adicionar el extremo en que, de la misma manera en que los menores de edad deben ser escuchados y su decisión cuenta para el acto de dación de células hematopoyéticas, lo han de ser igual para la revocación (por supuesto, siempre que por su madurez intelectual sea posible), supuesto en el que también pudiera suscitarse un conflicto de intereses entre el menor y los progenitores, ya sea porque aquel insistiera en la dación de las células, o porque a pesar del interés de uno de los progenitores, o de ambos, el menor decide desistir.

Ante el conflicto jurídico derivado del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores, con implicaciones igualmente bioéticas, desempeñarían un papel importante, en primera instancia, los comités de ética hospitalaria, y en todo caso, sería el tribunal municipal el competente para solucionar semejante conflicto, en proceso sumario (*vid.* Artículo 358.2 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico). Si la revocación viniera del menor, no creo que haya que recurrir a la vía judicial, pues en razón del Artículo 3 de la Convención internacional de los derechos del niño, la decisión del menor prevalecerá frente a la del progenitor o incluso frente a la de ambos progenitores, imponiéndose la revocación y, en consecuencia, no tendría lugar la extracción de las células hematopoyéticas, siendo indiferente que no conste tal revocación en vía instrumental, ante la negativa de los representantes legales del menor de edad de concurrir ante Notario. Si irremediamente se suscitara el conflicto judicial, la procedencia de la revocación se revestiría de la forma de la resolución judicial en la que el tribunal tomaría la decisión del caso.

2.7.1. LA PUESTA EN CONOCIMIENTO DE LA REVOCACIÓN AL NOTARIO AUTORIZANTE DE LA ESCRITURA DE DACIÓN DE ÓRGANOS Y TEJIDOS HUMANOS ENTRE VIVOS. SU EXPRESIÓN INSTRUMENTAL

Si el dador potencial decide ejercitar el *ius poenitendi* ante Notario (de entenderse que la solemnidad notarial no es constitutiva para la revocación), lo podrá hacer ante el Notario de su elección, cualquiera sea. Ahora bien, la copia de la escritura pública de revocación habrá de ser aportada al personal

médico para que obre en la historia clínica. Si el Notario que autoriza la escritura pública de revocación es distinto del Notario que autorizó la escritura pública de dación de órganos y tejidos humanos, se hace recomendable, en razón de la seguridad jurídica, que se libere comunicación por el segundo al primero, para que este último haga constar en nota al margen de la matriz que obra en su protocolo, la revocación otorgada por el dador potencial.

2.8. El destino de las copias de los referenciados instrumentos notariales

Como ya he expresado, las copias de los documentos públicos que autorice el Notario, vinculados con el proceder técnico-quirúrgico de la ablación e implante de órganos y tejidos humanos, en principio, han de ser aportadas al personal médico actuante para que se archive en la historia clínica del paciente, con los efectos que ello tiene, no solo en el campo de la medicina sino también en los del Derecho. A tal fin, el Artículo 20 de la Resolución No. 857/2015 responsabiliza a los comités de ética hospitalaria del control sobre la constancia en la historia clínica correspondiente, de la copia de la escritura pública de dación (de lo cual también cabría inferir que solo respecto a ella se exige la forma notarial solemne-constitutiva).

3. En ocasión de los nuevos derroteros por los que discurre el ejercicio de la función notarial en Cuba

Solo unos breves apuntes a modo conclusivo. La atribución al Notario cada día de nuevas competencias por razón de la materia, es viva expresión de la confianza que depositan las instituciones públicas, estatales y gubernamentales en el cometido que le viene dado por ley. El Notario es un misionero de la verdad. Su dicho va a “misa”. Se hace infalible, salvo en los escasos y excepcionales supuestos en los que ha tenido éxito la redargución de falsedad documentaria. La Resolución No. 857/2015 del Ministro de Salud Pública, a la vez que colma la vacuidad legal que la dación y trasplante de órganos y tejidos humanos entre vivos ha tenido por décadas en el Derecho cubano, ofreciendo con ello cobertura legal a uno de los procedimientos médico-quirúrgicos de mayor reconocimiento internacional por el acto filantrópico que supone, dada la imposibilidad hoy día de cubrir a través de otras vías, la sustitución de órganos humanos insanos,²⁷

27 Como afirmó su santidad Benedicto XVI en un discurso dirigido a los participantes en el congreso internacional sobre el tema “Un don para la vida. Consideraciones sobre la

reclama la atención del Notario, como profesional del Derecho ejerciente de una función de autoridad pública.

Las autoridades gubernativas recaban la presencia notarial, confían en la medida y prudencia de su actuar, en el *cavere*,²⁸ o sea, en ese perfil de la labor del Notario, dirigido esencialmente a la prevención que es en buena medida lo que se busca con su autorización de la escritura pública de dación de órganos y tejidos humanos, o sea, evitar cualquier asomo de duda sobre la posible compensación económica que desnaturalice el acto, convirtiéndole en una compraventa.

Nuevamente resulta el Notario la pieza clave en la seguridad jurídica preventiva que reclama un Estado de Derecho. Se acude a él por la confianza que este deposita, por su solvencia intelectual, por su probidad y por ser baluarte de la legalidad en todo acto jurídico en el que interviene. Los ojos del Notario se ven a sí mismo y a los de cada miembro de la sociedad en la que se desenvuelve y por la que ha nacido la institución que representa.

donación de órganos”, celebrado del 6 al 8 de noviembre de 2008, en Roma, por iniciativa de la Academia Pontificia para la Vida, en colaboración con la Federación Internacional de las Asociaciones Médicas Católicas y el Centro Nacional Italiano de Trasplantes: “La senda que hay que seguir, hasta que la ciencia descubra nuevas formas posibles y más avanzadas de terapia, tendrá que ser la de la formación y difusión de una cultura de la solidaridad que se abra a todos sin excluir a nadie. Una medicina de los trasplantes coherente con una ética de la donación exige el compromiso de todos por invertir todo esfuerzo posible en la formación y en la información para sensibilizar cada vez más a las conciencias en un problema que afecta diariamente a la vida de muchas personas. Será necesario, por tanto, superar prejuicios y malentendidos, disipar desconfianzas y miedos para sustituirlos con certezas y garantías, permitiendo que crezca en todos una conciencia cada vez más difundida del gran don de la vida”, en www.zenit.org/es/articulos/benedicto-xvi-criterios-eticos-para-los-trasplantes-de-organos. Consulta: 26 de octubre de 2013.

28 Apunta Juan Vallet de Goytisolo: “Determinación notarial del Derecho”, en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores): *Derecho Notarial*, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 142, que: “Esta tarea del Notario, como profesional del derecho, se descompone en diversas funciones inseparablemente concurrentes en la configuración del negocio jurídico; es decir, en la indagación de la voluntad del otorgante u otorgantes y en su interpretación; en su colaboración para que las voluntades de las partes concurrentes sean concordes: en adecuar al derecho esa voluntad, o esas voluntades, y en cada caso, realizar la configuración propiamente dicha del negocio jurídico de que en concreto se trate. En su conjunto, esto constituye la parte nuclear de esa función de *cavere*, o prevenir”.

Breves notas en torno a la donación con reserva de usufructo

Lic. Rafael Alberto Rodríguez Rodríguez

“[...] la donación descubre el aspecto más puro de nuestros sentimientos: la bondad. Por ella el hombre se manifiesta despojado del lastre de las sensaciones innobles; muestra su corazón sin repliegues ruines, y se manifiesta a sus semejantes bajo el propio signo de la humanidad [...]”.

Federico Puig Peña

Sumario

1. Algunas consideraciones doctrinales relacionadas con el contrato de donación. Especial referencia al contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo. 2. El Artículo 378 b) del Código Civil cubano y la necesaria protección patrimonial del donante. 3. En pos de la implementación vía notarial del contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo. Sus principales dilemas prácticos. 4. A modo de consideraciones *ad finem*.

1. Algunas consideraciones doctrinales relacionadas con el contrato de donación. Especial referencia al contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo

Comienzo estas palabras haciendo mías las del ilustre teórico español Manresa y Navarro: “[...] hermoso es el deseo de hacer un bien; grande la satisfacción que se experimenta al realizarlo; pero el amor al prójimo no debe ser mayor al amor a sí mismo. Las más hermosas virtudes exageradas pueden degenerar en un vicio. Por otra parte la debilidad del carácter pueden conducir al mismo resultado. Para evitar el impulso desordenado hacia la liberalidad, para velar por el porvenir del que no sabe guardar lo suyo y de su familia, para contrarrestar los efectos de la sugestión y la captación, la ley ha intervenido siempre, tratando de limitar las donaciones”.¹ Si bien es cierto que nada

1 *Vid.* José María Manresa y Navarro: *Comentarios al Código Civil español* (con la colaboración de varios juristas y una introducción del excelentísimo señor don Francisco de Cárdenas), tercera edición (corregida y aumentada), t. V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, p. 124.

demuestra más altruismo en la vida de una persona que satisfacer las necesidades de otros y que muchos han pasado a la historia y otros, han dejado gratos recuerdos en las vidas de familiares y amigos por este fin filantrópico que persigue el desprenderse graciosamente de un bien, dicho acto de liberalidad no puede llevar consigo un perjuicio tal en el patrimonio del donante que quede este desprotegido de tal forma que en el futuro no pueda hacer frente a las propias demandas de la vida diaria e, incluso, el cumplimiento de aquellas obligaciones ya sean legales o voluntarias a las que esté compelido.

El *contrato de donación* ha venido a señalar el camino, y dotar a aquellos eventuales donantes de las herramientas legales necesarias para la consecución de sus fines. Este negocio, clasificado por los estudiosos como *traslativo del dominio*, es aquel mediante el cual una persona con un ánimo de liberalidad, transmite la propiedad de un determinado bien en detrimento de su patrimonio a otra que lo acepta.²

Para el autor Escobar Fornos,³ la donación desde el punto de vista del Derecho Positivo de Nicaragua⁴ es vista como el acto mediante el cual una persona, de forma voluntaria transmite a otra la propiedad de una cosa. Si bien en el contexto de otros panoramas jurídicos, un sector predominante de la doctrina⁵ expone un similar criterio, entendiendo como tal a aquel acto jurídico mediante el cual una persona a expensas de su patrimonio da, de forma voluntaria, bienes en propiedad a otra persona que los acepta.

López de Zavalía⁶ nos señala que en el Derecho Positivo argentino el tema se complica, es decir, encontrar una definición a la donación se dificulta al haber una gran diversidad de actos jurídicos que son denominados

- 2 Para abundar en el tema y la evolución histórica de este instituto jurídico, *vid.* Modesto Falcón: *Derecho Civil español común y foral*, 6ª edición (enriquecida con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia), t. III, tipografía La Publicidad, Barcelona, 1902, p. 23; las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio (cotejadas con varios códigos antiguos), por la Real Academia de la Historia, t. III. Partidas cuarta, quinta, sexta y séptima (de orden y a expensas de S. M., Madrid, imprenta real, 1807, p. 176; Federico Puig Peña: *Tratado de Derecho Civil*, t. II, "Obligaciones y Contratos", vol. II, "De los contratos en general y demás fuentes de las obligaciones", editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f., p. 163.
- 3 Iván Escobar Fornos: *Curso de Contratos*, segunda edición, editorial Hispamer (colección de textos jurídicos), Managua, 1988, p. 88.
- 4 Artículo 2756: La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra persona que la acepta.
- 5 *Vid.* Luis Diez Picazo y Antonio Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho Civil*, t. I, v. II, "El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual", sexta edición, editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 335; Luis Lorenzetti, Ricardo: *Tratado de los contratos*, t. III, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, s. f., p. 581.
- 6 *Cfr.* Fernando J. López de Zavalía: *Teoría de los Contratos*, t. II, tercera edición, Zavalía editor, Buenos Aires, 2000, p. 509.

como tal. En su opinión, es prudente distinguir entre donación acto y la donación atribución, la primera es la referida al negocio como tal que tiene como nota característica que es gratuito. La expresión donación atribución se refiere al enriquecimiento que es producido motivo de la donación como tal. Por lo que el mismo define a la donación como el acto jurídico entre vivos, referido a una relación patrimonial que no sea de garantía, y realizado con espíritu de liberalidad, por el cual una persona enriquece gratuitamente a otra, liberándola de un deber, o transfiriéndole un derecho cesible preexistente, o transfiriéndole u obligándose a transferirle un derecho real.⁷

El Notario Cano Reverte⁸ asevera que en el Derecho español la donación, como sucedía en el Derecho romano, presenta un triple sentido, el de dar, prometer y liberar, lo que permite distinguir entre la donación real o traslativa o donación propia; la donación obligacional o promesa de donar, que sería un contrato por el que una parte se obliga a proporcionar a la otra una ventaja patrimonial; y la donación liberatoria o condonación de la deuda. Siguiendo la tradición romana, ha contemplado las dos clases de donación: la real y la obligacional en la regulación contenida en ella. Roca Sartre,⁹ afirma que el elemento objetivo o económico de la donación es “un desplazamiento patrimonial gratuito” cuya atribución puede efectuarse dando, donación real; prometiendo, donación obligatoria y liberando, donación liberatoria.

Como hemos podido apreciar con estas breves referencias doctrinales en torno a la donación, su naturaleza jurídica ha constituido tema de un debate muy acalorado en la doctrina, principalmente lo referente a la manifestación de voluntad y la unilateralidad de la prestación, este tema que ha ocasionado no poco derroche de tinta ya ha sido zanjado, concluyéndose que si bien en la donación la obligación principal recae sobre una de las partes, la aceptación de la otra es fundamental, de modo contrario estaríamos ante la oferta de donación y nunca ante el contrato de donación. Muchos códigos civiles¹⁰ modernos admiten a la donación como contrato; sin embargo, otros la siguen considerando un acto jurídico¹¹ sin alcanzar la categoría de negocio.

7 *Ibidem*, p. 511.

8 *Vid.* Cano Reverte *cit. pos.* Manuel Antonio Azmecua: “Donación con reserva de la facultad de disponer”, versión digital, p. 4.

9 Ramón María Roca Sartre *cit. pos.* Manuel Antonio Azmecua: “Donación con reserva de la facultad de disponer”, versión digital.

10 *V. gr.* Artículo 655 del Código Civil de Bolivia; Artículo 1855 del Código Civil de Guatemala; Artículo 2332 del Código Civil de México; Artículo 1613 del Código Civil de Uruguay; Artículo 1431 de Venezuela; en el Derecho Islámico la donación es también considerada un contrato, en este sentido *vid.* Artículo 795 del Código Civil de Irán.

11 *V. gr.* Artículo 1265 del Código Civil del Salvador; Artículo 1296 del Código Civil de Honduras; Artículo 894 del Código Civil de la República Dominicana; Artículo 2756 del

En su construcción dogmática, la donación es entendida por aquel contrato mediante el cual una persona a expensas de su patrimonio y de forma gratuita transmite la propiedad de un bien con el requisito de la aceptación del que recibe la donación. Se diferencia de otras liberalidades y contratos principalmente en el empobrecimiento que debe sufrir el patrimonio del donante motivo del *animus donandi* que es el motivo causalizado de este contrato, en la donación hay una afectiva transmisión dominal de un determinado bien y siempre tiene su objeto en bienes materiales, características que distan de las llamadas liberalidades y contratos gratuitos en los que no hay un desplazamiento patrimonial ni un empobrecimiento de una de las partes y recaen sobre bienes inmateriales.

Luego de haber analizado las definiciones doctrinales y legales de la donación, vamos a hacer referencia a sus tipos. Las donaciones son clasificadas por varios autores que por lo general siguen un mismo hilo conductor¹² en: donaciones a *títulos universales* que transmiten todos los bienes integrantes del patrimonio de una persona; a *título particular* que son las que se hacen sobre bienes específicos, sean muebles o inmuebles; las *donaciones onerosas* que son las que incorporan una carga no monetaria al donatario;¹³ las *donaciones con gravamen* que son las que sí le incorporan carga monetaria al donatario que no debe exceder del monto de la donación realizada; las *remuneratorias* que son las que se hacen en pago de un servicio prestado; *las sujetas a modalidad* que son las que llevan consigo una sumisión a una condición, plazo o modo; y por último las *donaciones con ocasión del matrimonio* que son las que hacen los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales.¹⁴

O'Callaghan¹⁵ nos acerca a otras clasificaciones como son: *las donaciones con cláusula de reversión*, las que imponen una condición al contrato y funcionan como término o condición resolutoria, es una restricción a la donación que no es modal y se revierte a favor del donante o terceros,

Código Civil de Nicaragua; Artículo 939 del Código Civil de Panamá; Artículo 1202 del Código Civil de Paraguay.

12 Vid. Iván Escobar Fornos: *Op. cit.* p. 87; Xavier O'Callaghan: "Compendio de Derecho Civil", t. II, "Obligaciones y Contratos", s. ed., v. II, 1998, p. 2, versión digital en www.vlex.com/vid/214947. Consulta: 10 de marzo de 2015; Lorenzetti: *Op. cit.*, pp. 627-637.

13 Vid. V. A. M.: *Jurisprudencia referente al Código Civil, glosada, concordada y seguida de cuatro índices para su más fácil consulta*, t. VI, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1829, p. 162.

14 Alicia Elena Pérez Duarte y N.: *Derecho de Familia*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990, p. 71; Federico Arnau Moya: *Derecho Civil V, "Derecho de Familia"*, Departament de Dret Privat, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2003, p. 64.

15 Vid. XAVIER O'CALLAGHAN: *Loc. cit.*

por lo general, cuando premuere el donatario. Las *donaciones con reserva de la facultad de disponer* es otra clasificación en la que nos detendremos más adelante. Las **donaciones indirectas** son aquellas que se realizan con ánimo liberal y efectivo enriquecimiento mediante un negocio típicamente oneroso pero ajeno al *animus donandi*, esto ocurre cuando por medio de un negocio distinto se logra el fin de la donación.¹⁶ El comentarista Scaevola¹⁷ introduce el tema de la *donación mortis causa* entendiéndose en tal sentido aquella en la que el donante no transmite la titularidad de la cosa, sino después de su muerte. El otro criterio que se desprende es el de *donación inter vivos*, que es aquella que hemos analizado en todos los casos anteriores, pues se realiza para surtir sus efectos en vida del donante y el donatario.

Otras clasificaciones nos la ofrecen los autores Diez Picazo y Antonio Gullón,¹⁸ al tratar las *donaciones de la nuda propiedad* y el *usufructo*. Plan-tean que operan cuando una persona dona la propiedad de un determinado bien pero se reserva el usufructo y viceversa, de esto hablaremos más adelante. Esta modalidad de reserva consiste en que en vez de transmitirse el dominio pleno sobre la cosa donada, lo que se transfiere es una parte del dominio, la nuda propiedad, pero no el usufructo. Según la opinión de Ricci la nuda propiedad es un derecho que puede subsistir independientemente del usufructo, por consiguiente puede ser donado solo el usufructo, también puede ser donado un bien y reservarse además el usufructo sobre este mismo bien.¹⁹ Para Gherzi²⁰ en la donación con reserva de usufructo en lugar de transmitirse el dominio pleno de la cosa donada lo que se transfiere es una parte del dominio, la nuda propiedad.

16 Vid. Gregorio José Ortega Pardo: "Las donaciones indirectas", en *Anuario de Derecho Civil*, t. II, fascículo III, julio-septiembre, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1959, p. 919.

17 Quintus Mucius Scaevola: *Jurisprudencia del Código Civil expuesta y comentada* (sentencias y respuestas), legislación española año 1889-1899, t. II, artículos del 333 al 656, s. ed., Madrid, 1901, p. 557; también puede verse José Manuel Pedreira Castro: *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, libro IV (continuación), t. III, Masala S. L., Madrid, s. f., p. 264; Felipe Safarini: *Instituciones de Derecho romano*, t. I, "Introducción. Teoría general. Derechos reales", novena edición italiana ordenada por el doctor Hércules Giammichele (versión española con arreglo a la traducción y comparación con el Derecho Civil español general y especial de Cataluña de D. Juan de Dios Trías por D. José M. Trías de Bes), Barcelona. Hijos de J. Espasa editores, s. f. p. 470.

18 Antonio Diez Picazo y Gullón: *Op. cit.*, pp. 349-356.

19 Francisco Ricci: *Derecho Civil teórico y práctico*, t. IX, "Adquisición de la herencia, de las particiones", La España moderna, Madrid, s. f., p. 153.

20 Carlos Alberto Gherzi: *Contratos Civiles Comerciales* (partes general y especial), t. I, décimo cuarta edición (actualizada y ampliada), Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 536.

Según el Derecho español²¹ el donante podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra persona u otras personas con la limitación establecida en este cuerpo legal relativo a las sustituciones fideicomisarias, es decir, con la limitación que las sustituciones no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador en este caso el donante. Si se dona la propiedad de un bien a una persona y a otra el usufructo se llevan a cabo dos donaciones y ambos donatarios deben aceptar; si el donante designa una pluralidad de usufructuarios, de los donatarios sucesivos se requerirá la aceptación no solo del usufructuario inicial sino también de los posteriores usufructuarios sustitutos del primero, para que también respecto de estos las donaciones sean irrevocables.²²

Por su parte, Puig Peña comentando el referido Artículo 781 del Código Civil español, considera “[...] que teniendo en cuenta los principios generales de las instituciones puestas en conexión en este artículo, se infiere que la donación del usufructo hecha a una persona se extingue con la muerte de la misma. Si el usufructo se ha donado a varias habrá que distinguir si se constituyó simultáneamente o sucesivamente. En caso de simultaneidad, se extinguirá la donación a la muerte del último usufructuario. En este caso la donación se extinguirá poniendo en juego el segundo grado a que hace referencia el Artículo 781 del Código Civil”.²³ Esta es un tipo de reserva que está presente en la mayoría de los códigos civiles,²⁴ por las ventajas que dentro del tráfico jurídico tiene.

En el caso de la sustitución en los usufructuarios sustitutos pueden aceptar al tiempo de ser aceptada la escritura contentiva del contrato, concurriendo en ella o en un momento posterior mediante escritura independiente y también después del fallecimiento del sustituido o de quien ordenó la liberalidad. Ahora bien, mientras no acepten los usufructuarios sustituidos, el

21 Artículo 640: “También se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el Artículo 781 de este código”.

Artículo 781: “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

22 José Manuel Lete del Río y Javier Lete Achirica: *Derecho de Obligaciones*, vol. II, “Contratos”, editorial Aranzadi S.A, Navarra, 2006, pp. 302-303.

23 Federico Puig Peña: *Tratado de Derecho Civil*, t. II, “Obligaciones y Contratos”, vol. II, “De los contratos en general y demás fuentes de las obligaciones”, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s. f. p. 185.

24 Artículo 1408 del Código Civil de Chile; Artículo 1229 del Código Civil de Costa Rica; Artículo 2775 del Código Civil de Honduras; Artículo 955 del Código Civil de Panamá.

donante puede revocar la donación y por tanto la sustitución. Sin embargo, relacionadas a esta forma de reserva aparecen dos tipos de donaciones: la que reserva el *usufructo vitalicio conjunto* y la que reserva el *usufructo vitalicio sucesivo*. El autor Albiez Dohrmann²⁵ plantea que esto opera cuando se dona a una persona la propiedad y a una persona distinta el usufructo vitalicio. En este caso hay un acto de atribución patrimonial directa. La particularidad de esta doble donación reside precisamente en que con esta estipulación se introduce en la relación entre el donante y el donatario a una tercera persona, que va a ostentar la posesión directa sobre la cosa, cumpliendo la atribución patrimonial del usufructo. Ello presupone que hay dos transmisiones, la donación de la nuda propiedad a favor del donatario y del usufructo atribuido a favor de una tercera persona. Son dos relaciones que durante su vigencia funcionan independientemente aunque el donatario de nuda propiedad puede velar por sus derechos también frente al usufructuario cuando sea necesario. Por lo demás, participa de las características de cualquier donación con reserva de usufructo vitalicio; puede limitarse a la muerte del donante pero lo normal es que se fije como límite máximo la muerte del tercero beneficiario del usufructo. Es de la opinión de Navarro que no hay ningún impedimento para la constitución de un usufructo sucesivo por título *inter vivos* o *mortis causa* y con efectos *pre* y *post mortem* planteando en este sentido que se trata de una especie de reversión a favor de tercero y hasta se podría considerar que es una estipulación a favor de tercero, pero *post mortem*.²⁶

El tema de la donación con reserva de usufructo nos introduce en el de la “reserva”, en tanto derecho subjetivo del que es titular el donante y le permite no quedar económicamente desvalido, así como el cumplimiento de determinadas obligaciones, esta se configura de varias formas según recaiga sobre bienes o derechos.²⁷

25 Vid. Klaus Jochen Albiez Dohrmann: “Otros negocios atributivos que se hacen en consideración a la muerte”, en *Negocios atributivos post mortem*, por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 120 y ss. Versión digital en www.vlex.com/vid/56175164. Consulta: 15 de abril de 2013.

26 Navarro *cit. pos.* Albiez Dohrmann: *Op. cit.*, p. 10.

27 Vid. en relación con el tema de la reserva en las donaciones y su configuración teórico-doctrinal, así como su vinculación con otras esferas de las relaciones jurídicas, Rafael Alberto Rodríguez Rodríguez: “La reserva en las donaciones. Su regulación Jurídica en Cuba”, tesis presentada en opción al título académico de Licenciado en Derecho, bajo la dirección del MSc. José Karel Fernández Martell, curso 2012-2013, en Departamento Básico Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

2. El Artículo 378 b) del Código Civil cubano y la necesaria protección patrimonial del donante

Es natural que el Estado en uso de su poder sea quien regule cualquier tipo de relación jurídica que tenga trascendencia para el Derecho, como es el caso de la donación. Los ordenamientos jurídicos establecen limitaciones para donar, como es lógico, debido a que la donación es un contrato que está relacionado con delicadas y protegidas figuras jurídicas, pues entraña en sí mismo un empobrecimiento en el patrimonio del donante que puede afectar otras esferas de las relaciones jurídicas, *v. gr.* derechos de créditos, obligación de dar alimentos y la legítima, por tan solo citar algunas.

En este momento, consideramos oportuno analizar las principales limitaciones que la doctrina y las normas del Derecho Positivo tanto nacional como comparado, han esgrimido con relación a la libertad de donar, en sintonía a lo regulado en el Artículo 378 del Código Civil cubano, en especial su inciso b). Las primeras limitaciones las mencionan los autores Lete del Río y Lete Achirica cuando hacen referencia a las que establece el Código Civil español como tal “[...] este legislador sigue la línea de desconfianza o cautela frente a actos a título gratuito y en particular ante la donación, pues somete la facultad de donar ciertos bienes a restricción para evitar las consecuencias del empobrecimiento que se puede derivar de una ilimitada facultad de disposición en este sentido, de esta manera se protege al donante y a los herederos forzosos del donante suponiendo que pudieran resultar perjudicados sus eventuales derechos”.²⁸ Entre estas prohibiciones está la imposibilidad de donar bienes futuros, entendiéndose por estos aquellos que no se pueden tener a disposición en el momento de la donación, este autor cita a Albaladejo²⁹ que es de la opinión en una crítica al mencionado Artículo 625 del cuerpo civil español que lo correcto es decir que no se puede donar aquellos bienes de que no se pueda disponer al tiempo de la donación entre los que estarían los bienes verdaderamente futuros, los no propios del donante, los propios indisponibles absolutamente y los propios disponibles a título gratuito. Coincide el jurista Borrell y Soler que la primera de las limitaciones que establece el cuerpo civil español es la de no donar bienes futuros; la segunda limitación es la que establece el Artículo 634 de este cuerpo legal³⁰ donde se prohíbe la donación universal sin haberse re-

28 *Vid.* Lete del Río y Lete Achirica. *Op. cit.*, p. 292.

29 Albaladejo *cit. pos.* Lete del Río y Lete Achirica: *Op. cit.* p. 293; Castán: *op. cit.*, p. 185.

30 Artículo 634: “La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos, con tal que este se reserve en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”.

servado el donante, ya sea en plena propiedad o en usufructo lo necesario para su subsistencia.³¹

La Dirección General de los Registros y del Notariado español en la resolución de 21 de agosto de 1893, dispone que el donante tendrá que dejar para sí lo necesario para vivir de acuerdo con sus circunstancias; esta limitación no implica la necesidad de que el que quiera hacer una donación deba someterse a una revisión de su fortuna para que alguna autoridad o funcionario público la autorice, sino que en todo caso serían los tribunales de justicia quienes a instancias de aquella parte que tenga derecho a pedir la reducción, podrían hacer la investigación y declarar procedente dicha demanda, ni tampoco es necesario que en la escritura de donación el donador haga constar que se reserva lo necesario para vivir según su estado y circunstancias, por lo que sería contrario a lógica en este sentido.³²

La tercera limitación constituye una cuestión de amplia trascendencia familiar y social, estamos hablando de la extensión de la libertad testamentaria autorizada por ley, razón por la cual el Derecho hispánico³³ plantea que ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación más de lo que puede dar o recibir por testamento, siendo inoficiosa la donación en todo lo que exceda esta medida. Las limitaciones a la hora de donar tienen mucho que ver con la reserva, que es aquella porción del patrimonio que ha de reservarse el donante para poder hacer frente de sus necesidades y obligaciones como decíamos anteriormente. Scaevola³⁴ tras comentar los artículos 634 y 636 del Código Civil español ha tratado de trazar los límites de la libertad de donar, de donde se colige que toda donación es válida en cuanto se encierre en estos límites y es, además, susceptible de anulación o reducción en todo aquello que de los mismos excediere. Por esta razón no es válido afirmar que alegando los artículos mencionados una donación es nula, sino a lo sumo susceptible de reducción si en virtud de prueba posterior suministrada por parte legítima, se acredite que el donante no se reservó lo suficiente para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, o bien que la donación es inoficiosa.

Volviendo a la reserva, la expresión “lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias” quiere decir que una persona podrá

31 Cfr. Borrell y Soler: *Op. cit.*, p. 403; Quintus Mucius Scaevola: *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca*, t. IX, vol. II, “De los diferentes modos de adquirir la propiedad-ocupación donación”, artículos 609 a 656, quinta edición, Instituto editorial Reus, Madrid, 1943, p. 784.

32 *Vid.* Lete del Río y Lete Achirrica: *Op. cit.*, p. 293.

33 Artículo 636: “No obstante lo dispuesto en el Artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación más de lo que puede dar o recibir por testamento”.

34 Quintus Mucius Scaevola: *Op. cit.*, p. 530.

donar lo que quiera, pero sin quedar carente de medios de subsistencias así que el donante debe reservárselos y esto constituye un límite a lo que se puede donar. Esto evita que con la donación se traspasen los límites de lo que por ley es lícito donar, si bien a pesar de haberlo hecho se tenga derecho a recobrar después lo que se necesite para vivir. Se trata de evitar que el donante por excesivo desprendimiento o por precipitación o por no percatarse de la situación a que puede abocarle la libertad de que se encuentra investido y que puede ponerlo en un estado de necesidad económica no solo a él, sino a aquellos que dependen económicamente de su patrimonio. Podría configurarse como una necesidad propia del donante ya que este debe tener los medios necesarios para atender a quienes debe sustentar, aquí entran en juego obligaciones, como puede ser la de dar alimentos. Estas personas o sus representantes también están facultados para exigir la reserva del Artículo 634. La reserva puede caer sobre cualquier medio de vida con tal que el que dona se reserve en plena propiedad o en usufructo lo necesario. Pero esto alcanza cualquier camino por el que el donante pueda cubrir todas sus necesidades.³⁵ Así que puede que se reserve la propiedad de los bienes o puede que se reserve el disfrute en concepto de usufructo.

El donante ha de reservarse bienes propios para sobrevivir según sus propias circunstancias, aunque sus hijos o su consorte tengan bienes más que suficientes para subsistir y en este sentido asistirlo, este ha de reservarse siempre de los suyos el disfrute de los necesarios para su vida. No es preciso que conste que se hizo la reserva al momento de perfeccionar la donación.

La referida resolución de 21 de agosto de 1893, de la Dirección General de los Registros y del Notariado español, planteó que la donación de todos los bienes o parte de estos produce todos sus efectos, hasta que sea probado que en virtud de ella no quedó al donante los bienes necesarios para vivir según sus circunstancias.³⁶

De esta manera, el Código Civil salvadoreño plantea al respecto³⁷ que el que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo podrá en todo tiempo

35 Sobre la reserva *Vid.* también a Manuel Rodríguez Navarro: *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*, t. II, Aguilar S. A., de Edicione, Madrid, 1951, p. 1813.

36 Quintus Mucius Scaevola: *Código Civil...*, XI, *cit.*, p. 536.

37 Artículo 1284: "El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia y si omitiere hacerlo podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados".

obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

La reserva en la donación, como hemos planteado hasta ahora y lo que seguiremos tratando, es una cuestión fundamental a la hora de proteger los patrimonios de aquellos que hacen uso de esta liberalidad para beneficiar a otros. El Código Civil de Francia³⁸ regula que las libertades por actos entre vivos o testamentos no podrán exceder de la mitad de los bienes, esto por la parte del patrimonio reservada para los herederos del donante, de manera que el donante en este caso no podrá disponer de forma ilimitada de su patrimonio en forma de donación o cualquier otro tipo de liberalidad, pues la ley reconoce el derecho de otros sujetos que de una forma u otra dependen del donante, en este caso herederos.

El caso de Bolivia³⁹ es otro en el que la ley establece como una limitación a la capacidad de donar que el donante se reserve bienes suficientes para su subsistencia, que pueden ser en forma de usufructo y también se protegen los derechos de los herederos forzosos y los acreedores.

En Chile⁴⁰ es también una limitación en las donaciones de una cuantía de bienes dándoles acción para que en todo momento si el donante lo omitiere al momento de la donación, hacerlo, e ir en contra del donatario para así obtener a título de propiedad o en usufructo lo necesario para realizar su vida.

Tal como lo hemos analizado, el hecho de que el donante asegure desde el punto de vista patrimonial lo suficiente en pos de su propio interés o de terceros, es una de las previsiones más importante cuando de donaciones se habla. Ella no solo tiene trascendencia a las partes del contrato, sino también a terceros, como pudieran ser los acreedores del donante, alimentistas,

38 Artículo 914: “Las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no podrán exceder de la mitad de los bienes, si, a falta de hijos, el difunto dejara uno o varios ascendientes en cada una de las líneas, paterna y materna, y las tres cuartas partes si solo dejara ascendientes en una línea.

”Los bienes así reservados en beneficio de los ascendientes serán recibidos por ellos en el orden en que la ley les llame a suceder: tendrán derecho a esta legítima incluso cuando en un reparto en concurrencia con colaterales no les correspondiera la cantidad en la que está fijada”.

39 Artículo 655: “La donación puede comprender todos los bienes del donante si este se reserva el usufructo de ellos. Se salvan los derechos de los herederos forzosos y de los acreedores”.

40 Artículo 1408: “El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados”.

herederos forzosos o legitimarios. De ahí, que sea una cuestión común en las regulaciones que sobre la donación hay en la mayoría de los códigos civiles modernos.⁴¹

Así, luego de haber sido tratada la limitación de la libertad de donar que constituye la reserva, estamos en condiciones de analizar cómo se manifiesta esta cuestión en suelo patrio. El Artículo 378 b) del Código Civil cubano ha venido a establecer un acercamiento a las limitaciones para donar en nuestro contexto, en este sentido valora como inoficiosa la donación que comprometa los medios de sustento o habitación, así como el cumplimiento de las obligaciones a que esté compelido el donante.

Si bien la ambigüedad contextual, este artículo tiene sustento en el 634 del Código Civil español, equivocando los términos el legislador al catalogar de inoficiosas las donaciones comprendidas en el inciso b), pues la inoficiosidad responde a la protección de la legítima y solo los legitimarios, luego de muerto el donante, podrían ir contra este acto, como es el caso del primer inciso, en el que los garantes de la legítima, en nuestro caso “herederos especialmente protegidos” son los que pueden atacar a la o las donaciones que vulneraron su porción hereditaria, y en el caso del inciso b), es el donante el legitimado para iniciar un proceso judicial, en el que iría contra aquellas que lo colocaron en una situación de necesidad económica; en voz de Diez-Picazo,⁴² la declaración de inoficiosidad de una donación no prospera en vida del donante, sino cuando se abra la sucesión es que se podrá determinar, computando el valor de los bienes de la herencia y aquellas liberalidades por actos *inter vivos* que haya hecho este, que de alguna manera se ha vulnerado la porción de los herederos forzosos.

De igual manera, Lorenzetti es del criterio que la inoficiosidad a quién protege es a los herederos forzosos o especialmente protegidos en nuestro caso, en este sentido apunta: “en este supuesto estamos ante una severa restricción de la autonomía de la voluntad, porque los bienes disponibles tienen un límite legal imperativo, lo donado en exceso de ellos no vale, porque la donación habrá sido hecha “contra el oficio, piedad o afectos” de los vínculos que le unen con quien será su heredero forzoso”.⁴³

De manera, que una donación solo podrá ser declarada inoficiosa en el supuesto que exceda lo que puede darse o recibirse por testamento, todo esto restringido en el hecho de que la libertad de testar se limita en el caso

41 Artículo 1314 del Código Civil de Honduras, Artículo 2775 del Código Civil de Nicaragua, Artículo 1408 del Código Civil de Chile, Artículo 1284 del Código Civil del Salvador, Artículo 921 del Código Civil de República Dominicana.

42 Cfr. Luis Diez-Picazo: *Ob. cit.*, p. 462.

43 Lorenzetti: *Ob. cit.*, p. 624.

cubano a la mitad, cuando existen los llamados por la norma civil cubana “herederos” *especialmente protegidos* que limitan la libertad de testar a la mitad (Cfr. Artículo 492 del Código Civil cubano), siendo que la doctrina y legislación foránea ven en la acción de *reducción*, el remedio procesal para ir en contra de aquellas donaciones que vulneren la legítima, la reducción es el reintegro del valor que afecto la legítima, pero no es la entrega del bien mismo. El orden de la reducción es que se comienza por las últimas, salvo que mediante la reducción de los legados ya haya quedado incólume la legítima.⁴⁴

En el caso del inciso b) del artículo *in comento*, podemos decir que la libertad de donar como parte de la facultad dispositiva del derecho de propiedad, no puede ser ilimitada, de ahí que la legislación imponga restricciones como las que nos presenta el artículo que analizamos. Si la libertad de donar fuere ilimitada podría llevar al donante a una carencia de medios para subsistir, y no solo al donante sino, que esta limitación vela por los derechos de terceros ajenos a la liberalidad, *v. gr.*, acreedores, alimentistas y legitimarios. Tal es el caso de los que participan en la relación jurídica alimentaria, los acreedores alimentarios no tienen derecho a pedir la reducción de una donación que comprometa la capacidad económica de aquel que por ley está obligado a prestárselos, pero sí tienen derecho a exigirselos en virtud de lo que regulan los artículos 121 y siguientes del Código de Familia.⁴⁵ Los legitimarios, según vimos, tampoco pueden atacar en vida del donante una donación que comprometa la cuota de su legítima, sino que han de esperar la muerte de aquel para entablar el debido proceso judicial que le permita lograr su pretensión.

Ahora bien, lo que sí deja claro este precepto legal es que el donante deberá reservarse bienes, aunque no lo diga expresamente de esta forma, que le permitan hacer frente a las necesidades diarias de su vida y las necesidades de aquellos que económicamente dependan de él. Lo que sí cabe analizar, es el nivel del patrimonio del donante para ver hasta qué punto una donación puede afectar la solvencia económica. El legislador cubano es omiso en este sentido, siendo de apreciación jurisdiccional en este particular, esto

44 Lorenzetti: *Op. cit.*, p. 625, Modesto Falcón: *Op. cit.*, p. 40, Rosa M. Méndez Tomás y Aura Esther Vilalta Nicuesa: *Donación: acciones de revocación y reducción*, segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pp. 12-14.

45 Artículo 121: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo”.

Artículo 122: Podrán reclamar alimentos: 1) los hijos menores a sus padres en todo caso; 2) las demás personas con derecho a recibirlos, cuando, careciendo de recursos económicos, estén impedidos de obtener los alimentos por sí mismos, por razón de edad o de incapacidad”.

claro está, con el señalamiento de que las circunstancias económicas en las que puede verse inmersa una persona son muy cambiantes.⁴⁶

La sujeción a la inoficiosidad de una donación que comprometa los medios de sustento o habitación de una persona, aunque vimos las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales de las instituciones que se relacionan en el Artículo 378 del cuerpo civilista cubano, responde a los límites que con el espíritu de proteger al donante ha establecido el legislador. Es decir, se podrá donar lo que se quiera siempre que esta donación no coloque a quien la hace en un estado de indefensión que, incluso, puede afectar a terceros relacionados al patrimonio del donante. La ruta que sigue este precepto normativo, es la clara protección de los derechos patrimoniales del donante, evitándose así que por esa excesiva facultad de disposición vía liberalidad, el que dona bienes quede desabrigoado patrimonialmente.

El remedio de la rescisión para dejar sin efecto la donación realizada lo consideramos atinado, lo que entendemos como descabellado es que esta donación es declarada inoficiosa, toda vez que la inoficiosidad, aunque resulte reiterativo decirlo, responde a la figura de los herederos especialmente protegidos, que es como la legislación civil cubana ha entendido la institución jurídica de la legítima.⁴⁷ De modo, que es correcto afirmar que una donación es válida en el momento en que se realizó, pero susceptible de ser reducida en cuanto exceda de lo legalmente permitido, en el caso cubano susceptible de una posterior declaración de inoficiosidad y, por ende, rescindible.

La parte legitimada para interponer un proceso de esta índole –hablamos del caso del Artículo 378 b)–, sería el propio donante, quien en este sentido vendría a exponer en el órgano juzgador que la donación hecha por él mismo ha afectado considerablemente su estado patrimonial, causándole un estado de insolvencia que incluso le impide el cumplimiento de sus obligaciones. De tal forma que al ser el propio donante quien está legitimado para ir en contra de la donación que realizó, suponiendo esto una excepción del principio *venire contra factum proprium*, como consecuencia de que es el propio donante quien ataca el acto por él mismo celebrado, pues es la misma ley quien le brinda este recurso legal. Esto no es más que la protección de valores superiores dentro del propio ordenamiento jurídico, como lo es la posibilidad de que una persona tenga los medios necesarios para la realización de su vida.

46 Cfr. José Karel Fernández Martell: “Algo más sobre donación inoficiosa y colación hereditaria. Apuntes desde otra perspectiva a la sentencia No. 58 de la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Supremo cubano”, en ponencia presentada en el evento de notarios de Santiago de Cuba, en CD ROM ISBN: 978-959-207-439-2.

47 *Ídem*.

3. En pos de la implementación vía notarial del contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo. Sus principales dilemas prácticos

Vistos estos necesarios presupuestos doctrinales y legales de las limitaciones para donar desde la perspectiva del derecho patrio y el comparado, veamos qué posibilidades tiene la aplicación de la donación con reserva de usufructo en nuestro contexto jurídico y, en especial, en nuestras sedes notariales, beneficiando principalmente a personas de la tercera edad y discapacitados. Un contrato que tiene su fundamento, también, en las características propias del derecho real de usufructo, al que analizaremos muy sucintamente y dejaremos zanjadas algunas cuestiones doctrinales y positivas. La palabra usufructo evidencia la unión de dos sustantivos: *usus* que proviene de *utor*, que indica la actitud de servirse de una cosa como instrumento para procurarse una satisfacción, y *fructus* que originalmente equivale a una acción, cuya raíz se relaciona con *fruor* y *frao* o *frango* que significa partir una cosa con los dientes, esta es la forma más primitiva de encontrar en una cosa una causa de satisfacción, pasando luego a designar el objeto que como bien directo tiene idoneidad para satisfacer la necesidad. La unión de estos dos vocablos viene a significar el beneficio o utilidad total que se obtiene de una cosa, sea directa o indirectamente.⁴⁸

Entre las principales características del usufructo están: es un derecho real y se manifiesta en la clara relación que existe entre el titular y la cosa que permite el aprovechamiento económico directo e inmediato mediante la posesión; recae sobre cosa ajena confluyendo así dos derechos reales de contenido distinto sobre la misma cosa, puesto que mientras el propietario conserva las facultades que constituyen el núcleo del derecho (poder de disposición) y se beneficia con la cualidad expansiva del dominio, su derecho queda desmembrado al transferirse al usufructuario las facultades que comprenden el *ius utendi* y el *ius fruendi*, por ello se ha dado en llamar el derecho del propietario nuda propiedad. El usufructo es principal y autónomo, dado que no depende para su existencia o permanencia de otro derecho, como por ejemplo la hipoteca, no es un derecho accesorio. Recae sobre la utilidad, no sobre la sustancia. Las facultades son de usar y gozar la cosa, pero sin alterar la sustancia en virtud del principio *salva rerum substantia*. Es temporal aunque la definición no lo diga, el usufructo es esencialmente temporal, puede tener una limitación determinada cierta o incierta. Si tiene

48 Néstor Jorge Musto: *Derechos Reales*, t. II, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2000, p. 12.

un plazo determinado no se puede extender más allá del término del mismo, pero puede concluir antes si el usufructuario fallece pues es también intransmisible y vitalicio. Puede cederse su ejercicio pero no puede cederse el derecho en sí, de modo que, aun cuando se ceda su ejercicio, se extingue con la muerte del titular del derecho y no con la del cesionario y por tanto es intransmisible⁴⁹ (con relación a la regulación que en sede de derecho positivo cubano ha tenido este derecho real *cf.* artículos 208 al 217, todos del Código Civil cubano).

La práctica notarial cubana puede verse enriquecida con la introducción de cláusulas contentivas de reservas en el contrato de donación, en este caso con *reserva de usufructo*, que permitiría que este derecho real en cosa ajena se configurara no contradiciendo con ello ninguna disposición legal, ya sea del Código Civil ni de otra norma reguladora del contrato de donación. Una cláusula contentiva de una reserva de usufructo podría redactarse, sin ánimo de constreñir el principio de autoría y redacción, de la siguiente manera: “[...] Que el que comparece en carácter de donante en el acto, manifiesta su voluntad de reservarse el usufructo vitalicio sobre el bien donado, transmitiéndose al donatario solo la nuda propiedad sobre el bien objeto de la donación”.

La parte del instrumento público notarial destinada a hacer las *advertencias legales* también puede ser en este sentido prosperada, en virtud de que sería adecuada para explicar a las partes la posibilidad de que el acto se rescinda por *excesivo* y no por resultar inoficioso, toda vez que el donante no haya hecho las previsiones patrimoniales suficientes para no quedar económicamente descubierto, indicando también al donante el alcance de sus actos y cómo una donación imprudente por excesiva puede afectar los patrimonios de terceros relacionados a la capacidad económica del donante, así como el alcance de la reserva de usufructo hecha en favor del donante, con las particularidades que más adelante veremos. Las *reservas y advertencias legales*⁵⁰ ubicadas en el otorgamiento de este tipo de acto, cobran una

49 *Idem.*

50 *Cfr.* los artículos 67 y 82 de la Resolución 70 de 1992 del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, “Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales”, dice con respecto a las advertencias legales en escrituras y actas respetivamente:

Artículo 67: La parte de la escritura correspondiente al otorgamiento contiene el consentimiento y aprobación de los comparecientes y las advertencias legales precedentes.

Artículo 82: En la parte expositiva se consignará la narración del hecho, acto, circunstancia o manifestación de voluntad, así como las advertencias legales precedentes.

Nótese que no se hace referencias a las reservas de ley, pero no es ello óbice para que se consignent toda vez que como ha quedado demostrado la doctrina la reconoce y le concede un papel protagónico en un acto de esta naturaleza.

importancia vital; las primeras no reconocidas en las normas que regulan la actividad notarial en el derecho nacional, hallan su lugar en la doctrina notarialista, es criterio del profesor y Notario cubano Pérez Gallardo: son “avisos del Notario acerca de la existencia de derechos preferentes a favor de terceras personas. Quedan incluidas aquí la reserva de usufructo o nuda propiedad del que enajena, o de los intereses privados de los contratantes, o de terceros ajenos al contrato, los retractos, las advertencias de hipotecas legales tácitas a favor del Estado, o del Municipio, o de persona particular. En tanto, existen también “la advertencia de deberes, tales como la presentación de documento a los registros, liquidaciones de impuestos y todas aquellas que tienen como fin la tutela de intereses de los otorgantes, para evitar sanciones fiscales, o recordarles las diligencias necesarias que tienen que hacer para lograr la eficacia de sus negocios”⁵¹, de manera que es esta la parte más propicia para que en el instrumento público se hagan aquellos avisos encaminados a la protección de las partes contratantes, así como el alcance de sus manifestaciones de voluntad.

Alguno pensará, ¿podrá el donante usufructuario ser titular de otra vivienda de residencia permanente? A tenor de lo preceptuado en la Ley General de la Vivienda ninguna persona puede tener en propiedad dos viviendas de residencia permanente,⁵² pero como los propios términos e instituciones jurídicas relacionadas en este acto jurídico indican, el donante usufructuario se ha reservado el *usufructo vitalicio* de la vivienda que donó con vista a la protección de sus legítimos intereses según vimos, no así la nuda propiedad que sí está en manos del donatario, lo que no es óbice para que el primero pueda adquirir otra vivienda de residencia permanente en propiedad. Ambos derechos deben ser inscriptos en el Registro de la Propiedad correspondiente en virtud de que constituye para el nudo propietario un coto a la libre disposición del bien.

También puede, el primero, renunciar a dicho derecho y para ello otorgar la correspondiente escritura de Renuncia de Derecho, *nomen iuris* que me parece más atinado, si tenemos en cuenta que según lo regulado en el Ar-

51 *Vid.* Tamayo Clares *cit pos* Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora Tamayo: “Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano”, en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora Tamayo (Coordinadores): *Derecho Notarial*, p. 268.

52 Artículo 2. El derecho a una vivienda se ejercerá en la forma y bajo los requisitos que establece la presente Ley.

Será legítimo tener, además de la de ocupación permanente, la propiedad de otra vivienda ubicada en zona destinada al descanso o veraneo. Fuera de esa posibilidad, de la señalada para los agricultores pequeños y cooperativistas y de los casos de viviendas vinculadas, ninguna persona tendrá derecho a poseer más de una vivienda.

título 5 del Código Civil⁵³ los derechos se pueden renunciar si de ello no se deriva un perjuicio al interés social o a un tercero. Volviendo al tema de la inscripción registral partiendo de un supuesto fáctico, si el nudo propietario concurre a una de nuestras sedes notariales requiriendo un determinado trámite con relación a la vivienda, que le fuera transmitida en virtud de una donación con reserva de usufructo, aportaría junto a su título de propiedad, de cuya lectura se colegiría la reserva hecha por el donante, la correspondiente Certificación del Registro de la Propiedad en la que constataría que el bien de referencia está sujeto a carga. Pero partamos del supuesto de que el donante usufructuario haya fallecido, cómo se acreditaría que el nudo propietario ya puede disponer plenamente del bien. En este supuesto vemos oportuno la autorización de un Acta de Notoriedad que según las normas notarialistas cubanas son aquellas que acreditan la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados derechos.⁵⁴

Este tipo de acta es de las llamadas de *calificación jurídica* y dentro de esta categoría son las más complejas. El acta serviría de complemento al título de dominio y deberá ser usada en unión con este, pues acredita que el titular del derecho de usufructo ha fallecido, y en virtud del carácter

53 Artículo 5. Los derechos concedidos por este Código son renunciables, a no ser que la renuncia redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero.

54 *Vid.* Artículo 85. Las actas se clasifican en:

e) de notoriedad, que acreditan la comprobación o fijación de hechos notorios sobre los cuales podrán ser fundados, declarados o reconocidos derechos o se legitimen hechos, situaciones o circunstancias personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.

Artículo 103. En las actas de notoriedad se observarán, además, los requisitos siguientes:

a) la solicitud se hará por la persona que demuestre interés en el hecho, acto o circunstancia cuya notoriedad se pretenda acreditar, quien deberá aseverarlos bajo su responsabilidad y hechas previamente las advertencias legales por el Notario.

b) el Notario practicará o exigirá cuantas pruebas estime necesarias para comprobar la notoriedad pretendida; y

c) se hará constar el resultado de todas las pruebas, así como cualquier otra incidencia.

Artículo 104. El Notario se abstendrá de autorizar el acta de notoriedad en los casos siguientes:

a) si se acredita haberse entablado demanda en juicio declarativo con respecto al hecho, acto o circunstancia cuya notoriedad se interesa;

b) por tramitación ante los tribunales o porque haya recaído sentencia firme con respecto al hecho, acto o circunstancia cuya notoriedad se interesa;

c) cuando sea manifiesta la contradicción entre las partes o se deriven perjuicios a terceros;

ch) cuando se acredite que el hecho, acto o circunstancia ha sido declarado notorio con anterioridad; y

d) cuando el examen y calificación de las pruebas, no se justificare la notoriedad pretendida.

personalísimo de este derecho, la reserva que de él se hizo ha terminado, la muerte se acreditaría con la correspondiente Certificación de Defunción emitida por el Registro del Estado Civil, debiéndose inscribir también dicha acta en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria que concierna. Aunque es también viable y en consonancia al carácter personalísimo e intransmisible del derecho de usufructo la cancelación directa de este en el Registro de la Propiedad tras la acreditación de la muerte con la correspondiente Certificación de Defunción.

Muy relacionada al actual contexto migratorio cubano, está la posibilidad de que el usufructuario abandonara definitivamente el territorio nacional, queda claro del dictado de las normas que rigen las relaciones civiles en sede de derecho positivo patrio, que quien emigra en esta condición no puede ser titular de bienes o derechos en Cuba. En este sentido me refiero al Decreto-Ley 288 de 2011, Decreto-Ley 320 de 2013 y más recientemente el Decreto 320 de 2015 que complementa el procedimiento establecido por el primero en torno a la adjudicación de la vivienda propiedad del emigrante definitivo y el segundo en lo que a vehículos de motor se refiere, en atención a la derogación de la Ley 989 de 5 de diciembre de 1961, que disponía la nacionalización mediante la confiscación a favor del Estado cubano de los bienes, derechos y acciones de los que se ausenten con carácter definitivo del país (*Cfr.* Disposición Final Cuarta del Decreto-Ley 302 de 11 de octubre de 2012, Modificativo de la Ley 1312 “Ley de Migración”⁵⁵). Pero nada establecen las citadas normas legales en lo concerniente al derecho de usufructo del que podría ser titular el emigrante, colegimos que con motivo de su propia naturaleza jurídica, en este supuesto quedaría sin efecto por el carácter personalísimo e intransmisible de dicho derecho.

Entonces, cabe preguntarse ¿qué sucedería con esa reserva legal?, ¿cuál sería su destino? Soy del criterio que por *analogía iuris* lo regulado respecto al derecho de propiedad es ajustable al caso que nos ocupa, por lo que el donante usufructuario perdería tal condición, concentrándose en la figura del *nudo propietario* todas las facultades del derecho de propiedad que en un momento dado le fueran limitadas. En sede Notarial estaría la solución, acreditándose tal particular con el correspondiente Certificado Migratorio expedido por las Direcciones de Inmigración y Extranjería del Ministerio del Interior, se autorizaría por el fedatario público un Acta de Notoriedad, en

55 Con relación al dictado del Decreto-Ley 302 de 2012, que modifica la ley de Migración, en su Artículo 9.2 se considera que un ciudadano cubano ha emigrado definitivamente del territorio nacional cuando viaja al exterior por asuntos particulares y permanece de forma ininterrumpida por un término superior a los 24 meses sin la autorización correspondiente, así como cuando se domicilia en el exterior sin cumplir con las regulaciones migratorias vigentes.

este sentido, que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad y será complemento al título dominico del inmueble.

Una de las cuestiones relacionadas a este tipo de acto estriba en que si el *donatario, nudo propietario*, estaría facultado para enajenar el bien inmueble objeto de la donación, por cualquiera de las vías permitidas en Derecho, recordemos que este nudo propietario está limitado en las facultades de uso y disfrute del bien en cuestión, es válido retomar que el derecho de propiedad permite usar, gozar y disponer de una cosa en forma exclusiva y absoluta, con las restricciones establecidas en la ley, derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la acción y a la voluntad de una persona, por lo que colegimos que sí podría enajenar el bien, pero el nuevo adquirente estaría en la obligación de respetar el derecho de usufructo nacido con anterioridad, suponiendo este una carga válidamente verificable con el correspondiente Certificado de Inscripción emitido por el Registro de la Propiedad; por supuesto que las advertencias legales deben enriquecerse en este sentido, iluminando a las partes en el alcance de sus manifestaciones de voluntad, pues este es un supuesto proclive a futuras *litis*, de igual forma si la adquisición es *mortis causa*, o con motivo de la muerte del donatario nudo propietario, el nuevo adquirente deberá respetar el derecho constituido en favor del usufructuario, y en este sentido las advertencias legales del acto de adjudicación se encaminarían a instruir al adjudicatario sobre el alcance de la referida reserva legal.

Pero otro razonamiento salta a la vista en el sentido de que si las partes pretendieran que se pactara en el contrato *in comento* la imposibilidad del nudo propietario de enajenar dicho bien, ¿estaríamos frente a una condición, prohibida taxativamente en nuestro Código Civil en sede de donaciones?⁵⁶ hagamos entonces un pequeño análisis de este supuesto, se denomina condición al acontecimiento futuro e incierto al que queda sometida total o parcialmente un contrato, esta dependencia es asumida voluntariamente por las partes, clasificadas en suspensivas o resolutorias; las primeras, en el caso que la obligación o el contrato no surtirán plenos efectos hasta que la condición se cumpla; y las segundas, cuando los efectos de la obligación o contrato sobreviven hasta el cumplimiento de dicha condición; con relación al término, este es un acontecimiento futuro, pero cierto, puede ser inicial cuando de su advenimiento depende el comienzo de la eficacia del contrato o de la obligación; o final, si lo que pende de él es la cesación de los efectos del contrato.⁵⁷

56 Artículo 376: La donación no puede realizarse bajo condición ni revocarse después de la aceptación del donatario.

57 *Apud.* Pedro de Pablo Contreras: “Requisitos del Contrato”, en Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (Coordinador) *et al.*: *Curso de Derecho Civil*, vol. II, “Obligaciones”, cuarta edición, Editorial Colex, Madrid, 2014, pp. 97 y ss.

Ahora bien, este tipo de convención, a tenor del concepto y naturalezas jurídicas de las instituciones referidas, no implicaría ir en contra de una prohibición legal como decíamos anteriormente, sino que en virtud de la *autonomía de la voluntad* como eje principal que rige las relaciones contractuales en el ordenamiento jurídico cubano,⁵⁸ las partes pueden arribar a las convenciones o pactos libremente, siempre que no contravengan normas legales, como ha dicho el profesor y Notario Pérez Gallardo, “el principio de autonomía privada se manifiesta en el contrato, en primer orden, en la posibilidad hecha realidad en los ordenamientos jurídicos que lo reconocen de decidir, los sujetos, concertar o no un contrato, es su opción la de contratar o abstenerse de hacerlo y de seleccionar con quién lo hace, en segundo orden en la libertad de elegir el tipo contractual y un tercer orden en la posibilidad de modificar o fijar su contenido”.⁵⁹ Pienso que lo saludable sería que esta prohibición de enajenar se pactara por un tiempo determinado, pues en caso contrario supondría una limitación dañina al normal tráfico de bienes y servicios propios de la sociedad moderna, que las normas jurídicas tratan de evitar a todas luces, *V. gr.* en *analogía iuris* el reconocimiento del tanteo y el retracto, cuya *ratio legis* es precisamente evitar las limitaciones que la copropiedad trae en relación con la libertad dispositiva de un determinado bien.

Creo que debemos dejar esclarecido en este punto qué entender por carga o gravamen, un aspecto que podemos distinguir en las certificaciones emitidas por el Registro de la Propiedad, para Albaladejo la carga es lo mismo que el modo o el gravamen y supone la obligación accesoria que puede imponerse al beneficiario en los negocios a título gratuito, dígase testamento o donación, es un límite a la libertad o un gravamen que pesa sobre esta, es considerado un elemento accidental por cuanto su tipo abstracto no lo necesita para subsistir y dependiente de la relación principal, otra de las características del modo es su accesoriadad.⁶⁰ Con relación a la legislación cubana, el modo supone la posibilidad de que en los contratos gratuitos la parte que otorga el beneficio puede imponer al beneficiario la obligación de efectuar una prestación en su propio interés o en interés de un tercero (*Cfr.* Artículo 55 del Código Civil cubano). De manera que según hemos visto, nada obsta para que también se pacte la **prohibición de enajenación** en un contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo, sin que con

58 Artículo 312. En los contratos las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario.

59 *Cfr.* Leonardo B. Pérez Gallardo: *¿Quo vadis Derecho de Contratos? Una reflexión crítica sobre los principios generales de la contratación inspiradores de las normas del Código Civil cubano* (A propósito de los veinte años del Código Civil cubano), Versión Digital.

60 Manuel Albaladejo: “Condición, Término y Modo”. Versión Digital.

ello se contravenga ninguna disposición legal en virtud de la permisibilidad de incluir en los negocios jurídicos con causa gratuita un modo, que pudiera configurarse en este supuesto, naciendo en este caso una obligación de no hacer (Cfr. artículos 233 y 234.3 del Código Civil cubano).

Esta acertada distinción entre *nuda propiedad* y *usufructo* permite que su ámbito exceda el de los negocios *inter vivos* para tener cabida en aquellos *mortis causa* como el testamento, de ahí que se hable de legado de la nuda propiedad y legado de usufructo en todo lo antes expuesto en sede de libertad contractual. De esta forma el testador tiene a la mano otras herramientas que le permiten dar un cauce más seguro a su patrimonio para después de su muerte, esto es tan solo un acercamiento a esta figura, que a pesar de no ser el tema de la presente, converge en que se pone de relieve la labor asesora del Notario, así como su obra de orfebre de la voluntad de las personas.

4. A modo de consideraciones *ad finem*

Tal vez hoy más que nunca la labor asesora del Notario cobra un papel protagónico en nuestro país, inmerso en el escenario de esta especie de despertar del Derecho Civil, con motivo de la ampliación de las facultades dispositivas sobre bienes, en los que subyacían severas restricciones, algunas difíciles de entender. La saludable distinción entre *nuda propiedad* y *derecho real de usufructo*, da a aquellos, que guiados por el *ánimus donandi* pretendan favorecer a otros patrimonialmente, la posibilidad de hacerlo, pero sin quedar ellos mismos sin los medios suficientes para hacer frente a las necesidades propias de la vida, pudiendo concertar un “contrato de donación con reserva del derecho real de usufructo”, que le facultaría en tanto derecho subjetivo reservar para sí el uso y disfrute del bien objeto de la donación.

En muchas ocasiones hemos oído de aquel que donó lo suyo, digamos una vivienda y pasó sus últimos días sin un techo donde morar, esto puede evitarse, pero es el Notario quien debe guiar la voluntad de las partes y dar forma a esas pretensiones, muy nobles en muchos casos pero también ingenuas que pueden poner a las personas en un estado tal de indefensión que atente contra su propia existencia. También considero la necesidad de que la Dirección Nacional de Registro y Notarías del Ministerio de Justicia se pronuncie por medio de un Dictamen en torno a la aplicabilidad de la reserva de usufructo en nuestra práctica notarial en pos de una uniformidad en la progresiva aplicación de este tipo de cláusulas en los instrumentos públicos notariales.

El juicio de capacidad notarial a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

Dr. Alfonso Cavallé Cruz

Notario de Las Palmas de Gran Canaria, España. Delegado para las Américas, Consejo General del Notariado de España

1º.- La persona es un fin absoluto en sí misma y, por el solo hecho de serlo, es digna y merecedora de un respeto incondicional que obliga a las demás personas y a los Estados. La dignidad de la persona es la piedra angular en la que se apoya y fundamenta el edificio de los derechos humanos. La *dignidad ontológica* de la persona deriva del propio ser y no puede confundirse con la *dignidad moral*, que no nace del ser, sino que es corolario del querer y del obrar, del ejercicio autónomo de la voluntad. Mediante el actuar libre la persona puede perfeccionarse o denigrarse, ganar o perder dignidad moral. Pero una persona, por inicu que sea su actuar, nunca pierde su *dignidad ontológica* como ser humano, lo que no es incompatible con que los Estados, a través del ordenamiento jurídico, en autodefensa de la sociedad y sus demás miembros, en casos de conductas ilícitas, le imponga como pena la privación de libertad.

La dignidad de la persona va íntimamente unida a su naturaleza de *ser libre*, que se manifiesta en su autonomía para fijar su fin y elegir los medios para alcanzarlo. La autonomía personal atañe al libre desarrollo de la personalidad. La elección, del fin y los medios, para que se considere libre ha de ser *autónoma*, es decir, no puede venir impuesta por fuerzas heterónomas desplegadas por otras personas o por el grupo social.

Esta autonomía, hasta tiempos muy recientes, era comúnmente negada a las personas con discapacidades de orden cognitivo e intelectual. En los comienzos de este milenio existe una nueva sensibilidad y observamos cómo instituciones, socialmente admitidas y arraigadas en la cultura jurídica tradicional, como la incapacitación o la sustitución o representación en la toma de decisiones, a través de institutos como la tutela, se comienzan a desechar en tanto que quebrantan la autonomía del ser humano y por consiguiente transgreden la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad.

Manifestación concreta de la libertad de la persona, y por tanto de su dignidad, es la posibilidad de realizar actos con transcendencia jurídica, de los que el autor se hace responsable. La libertad tiene como corolario la responsabilidad. La persona, cuando de forma autónoma y consciente, en ejercicio de su libertad, elige obrar o no, y hacerlo de una manera y no de otra, se convierte es responsable del acto u omisión. La libertad y responsabilidad se debe predicar de toda persona, incluidas las personas con discapacidad. El Artículo 12.2, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 reconoce que *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”*, lo que implica, como dice, interpretando la Convención, la Observación general número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, editada el 19 de mayo de 2014, *“tener capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones ante la ley y que eres responsable de tus actos”*.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, el respeto de los derechos de los demás, el normal cumplimiento de las obligaciones y de los compromisos libremente asumidos va más allá del ámbito exclusivamente individual, pues también afecta al buen funcionamiento de la sociedad, al bien común. La existencia en cualquier sociedad de un ambiente en el que lo natural es el respeto de los derechos de cada persona, en el que se garantice su ejercicio en paz y el cumplimiento normal de las obligaciones, tiene un indudable efecto benéfico en cualquier comunidad. Un ambiente presidido por la seguridad y confianza facilita las relaciones jurídicas, el intercambio económico y promueve el desarrollo económico y social. La sociedad necesita que la justicia y el derecho se realicen con normalidad de modo espontáneo, sin sobresaltos ni conflictos. A tal fin muchos ordenamientos jurídicos se dotan de mecanismos que contribuyen de forma discreta y eficaz a fomentar ese clima de certeza y confianza, como es, en los países de notariado latino germánico, el instrumento público notarial, con el que se pretende que valores como la libertad, la igualdad, la verdad, la justicia y la paz presidan las relaciones humanas y que el orden jurídico se respete por todos.

2º.- El Artículo 1 del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) reconoce de forma concluyente que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*, pero lo cierto es que, setenta años después de esta solemne declaración, aún persisten numerosos casos de discriminación en el mundo. Uno de los colectivos que

en muchos países aún continúan siendo víctimas de pertinaces discriminaciones son las personas con discapacidad. Estas discriminaciones las encontramos presentes todavía en legislaciones de naciones que, por un tan desacertado como bienintencionado paternalismo, les vienen privando secularmente del ejercicio de su capacidad jurídica, de su capacidad de obrar, y por tanto de su dignidad, libertad e igualdad en una de las más cotidianas y relevantes facetas de la vida.

En el caso de España no faltan preceptos en su Constitución¹ que obligan a un tratamiento igualitario de las personas con discapacidad, pero lo cierto es que, a punto de finalizar el año 2018, aún está pendiente la reforma de la legislación en materia de capacidad de obrar de las personas con discapacidad.²

Pero mucho más imperioso que el inaplazable cambio de normativa es el cambio de mentalidad en la ciudadanía y, sobre todo, de los operadores jurídicos, especialmente jueces, abogados y notarios, familiarizados con normativas y praxis centenarias consistentes en privar a las personas con discapacidades cognitivas o intelectuales de su derecho a tomar sus propias decisiones en las relaciones jurídicas que les afectan.

El punto de inflexión tuvo lugar en el año 2006, con la aprobación en la ONU de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que se pasa de un modelo de sustitución en la toma de decisiones hacia otro modelo de apoyos. Por ello recuerda la Observación general número 1, citada, que *“los países deben dejar de usar los sistemas*

- 1 El Artículo 1.1 CE propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad y la igualdad. El Artículo 10 CE reconoce la dignidad y el libre desarrollo de la persona. El Artículo 14 CE que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El Artículo 49 CE prevé políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración. Y el Artículo 9.2 CE que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
- 2 Ello a pesar de que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en su disposición final primera, dispuso que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación. El Consejo de Ministros del 21 de septiembre de 2018 aprobó el informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, a los efectos previstos en el Artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. El texto del Anteproyecto fue publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018.

sustitutivos de toma de decisiones y cambiar todas las leyes que discriminan a las personas con discapacidad”.

No cabe ya vedar la capacidad de actuar a las personas con discapacidad mediante la utilización de la institución de la representación. Por el contrario, debe proporcionarse a las personas con discapacidad los apoyos que precisen para el ejercicio de su capacidad jurídica y adoptar salvaguardias en garantía de sus derechos, de modo que se respeten sus deseos y preferencias.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que adopta una visión más humana, igualitaria y positiva de la discapacidad, enumera como primer principio inspirador *“el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”* (Artículo 3.a.). En orden a la capacidad jurídica la Convención reconoce en su Artículo 12, que las personas con discapacidad:

- tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica;
- y tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Para hacer efectivo lo anterior, impone a los Estados:

- Adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al *apoyo* que puedan necesitar en el *ejercicio de su capacidad jurídica*.
- Que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen *salvaguardias* adecuadas y efectivas para impedir los abusos.
- Que las salvaguardias aseguren que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica *respeten los derechos, la voluntad y las preferencias* de la persona, que no haya *conflicto de intereses ni influencia indebida*, que sean *proporcionales* y *adaptadas* a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una *autoridad* o un órgano judicial competente, *independiente e imparcial*.
- Que las salvaguardias sean *proporcionales* al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
- Y finalmente, les obliga a adoptar las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a *ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero*, y velarán por que las per-

sonas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Ámbitos todos ellos que afectan de lleno en la actividad notarial y al Notario que tiene el carácter de *autoridad* (Artículo 60 RN), *independiente* (artículos 1 y 349. c. RN) e *imparcial* (artículos 134, 147 y 349. c. RN).

La naturaleza y características de la función notarial se acomodan con naturalidad, como un guante a la mano, a los propósitos de la Convención. Por ello el Notario puede y debe desempeñar un papel discreto y relevante de apoyo y salvaguardia en los actos en los que interviene un discapacitado en orden a la realización y ejercicio efectivo de sus derechos en el ámbito de las relaciones jurídico privadas.

Uno de los principales objetivos del instrumento público es respetar y casar la voluntad del individuo con el ordenamiento jurídico (artículos 1 y 17 bis LN), en cuya cima está la salvaguarda de derechos humanos, destacadamente la libertad de la persona y por tanto su dignidad. Con su actuación, el Notario debe alcanzar los siguientes objetivos:

- la libre, consciente e informada voluntad de las personas;
- la libre prestación del consentimiento;
- el equilibrio entre las partes, lo que equivale a su igualdad;
- y, con los efectos de los instrumentos sustantivos, ejecutivos y probatorios, disuadir del incumplimiento o, llegado el caso, facilitar la interpretación y solución previsible del conflicto y, por tanto, asegurar el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades libremente asumidas.

3º.- Veamos algunos aspectos sobresalientes de la función notarial que, a modo de útiles o herramientas, hacen efectivos aquellos objetivos, y, desde el punto de vista de la Convención, permiten sea un útil apoyo y salvaguardia en el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas, especialmente con discapacidades en el orden cognitivo o intelectual, ya que, *sin mengua de su imparcialidad, el Notario, prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella* (Artículo 147 RN). Estas herramientas a destacar son:

- la imparcialidad,
- la intermediación,
- el asesoramiento,
- el control de legalidad,
- redacción,
- lectura del instrumento,
- y los juicios que debe efectuar el Notario, en especial los que atañen a la libertad y ejercicio de la capacidad jurídica.

a.- LA IMPARCIALIDAD

*La imparcialidad está inserta, como elemento esencial, en la función notarial en la que, como siempre, se funden lo público y lo privado.*³

Esta imparcialidad tiene las siguientes notas o características según Rodríguez Adrados:

- es *cautelar* o *preventiva*, anterior a la prestación de los consentimientos;
- es *activa*, se inserta en unas actuaciones positivas propias y no en la pasiva recepción y ulterior narración de unas actuaciones ajenas;
- es *conciliadora*;
- es *equilibradora* y *compensadora* de la desigualdad de los otorgantes;
- y por último, es *asistencial*, pues, como indicamos, debe prestar *asistencia especial al otorgante necesitado de ella* (147.5 RN).

b.- LA INMEDIACIÓN

El principio de intermediación contribuye a fundamentar la presunción *iuris tantum* de veracidad que tiene el instrumento público,⁴ ya que el Notario opera con personas y sobre hechos presentes, que tienen lugar en su presencia, y de los que quedará recuerdo para el futuro, a diferencia de la labor del Juez, que opera sobre hechos pasados que necesitarán ser alegados y probados en el procedimiento.

La presencia de los sujetos ante el Notario le permite considerar circunstancias como la cultura, edad, el grado de entendimiento, instrucción e información de cada otorgante, con lo que es un momento relevante para apreciar las necesidades de cada persona y dar un apoyo eficaz, ya que el trato personal y directo, vis a vis, con los comparecientes le permitirá discernir cuál de ellos es el más necesitado de asistencia especial y por tanto acreedor de una especial dedicación y apoyo.

c.- EL ASESORAMIENTO

El Notario, *como profesional del Derecho, tiene la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar* (Artículo 1 RN).

El deber de asesoramiento e información, que incumbe al Notario con carácter general, es una discreta y eficaz defensa de relevantes valores:

- 3 Antonio Rodríguez Adrados: *La imparcialidad del Notario, atributo inescindible de su función*. ENSXXI No. 19, mayo-junio de 2008, 4 Artículo 17 bis 2.d.
- 4 La intermediación presupone el contacto personal y directo del Notario con los comparecientes. El Notario debe hacer una apreciación personalísima de las circunstancias de las personas y de todo lo que rodea el negocio, que han de llevarle a la formación de los juicios que ha de emitir y, por tanto, al convencimiento personal de que se puede autorizar la escritura, es decir a la dación de fe.

- la *libertad*, proporcionando conocimiento e información;
- la *igualdad*, con el asesoramiento equilibrador, adecuado a cada persona y al acto o negocio jurídico;
- y la *verdad*, consecuencia necesaria de la tarea del Notario de ir a la búsqueda de lo verdaderamente querido por cada otorgante. De ahí el deber que impone el Artículo 147 RN de indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad de los otorgantes, que ha de ir de la mano de un asesoramiento, preventivo y conformador, dirigido a que los otorgantes puedan alcanzar los fines lícitos que pretendan (Artículo 1 RN).

d.- EL CONTROL DE LEGALIDAD

Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga (Artículo 24 LN). Los documentos públicos autorizados por Notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (Artículo 17 bis. 2. b. LN). El control de legalidad es el fundamento de la presunción *iuris tantum* de validez del instrumento público. El Artículo 17 bis. 2. a. LN ordena al Notario que ampare bajo su fe *que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad*. El Notario ha de armonizar, de un lado, el respeto a la autonomía de la voluntad de los otorgantes y, de otro, el cumplimiento del ordenamiento jurídico, fusionándolos, como las dos caras de una misma moneda, en el instrumento público. Por tal razón, el control de legalidad del Notario no es pasivo o estático, sino activo y dinámico, ya que su actividad es de guía, consejo y solucionadora.

e.- REDACCIÓN O AUTORÍA DEL INSTRUMENTO

La redacción por el Notario es una de las características más primigenias del Notariado latino-germánico, las Partidas de Alfonso X (Partida tercera, Título 19, Ley 1) lo define como el *hombre que es sabedor de escribir*. La autoría del Notario tiene importantes consecuencias, ya que el relato procede de un profesional experto, dotado de habilidades técnicas en la redacción documental, que las ejerce en el ámbito de una función pública:

- a) La garantía de que la redacción es *conforme a la voluntad común de los otorgantes* (Artículo 17 bis. 2. a.).
- b) La garantía de que el texto es el resultado de la interpretación realizada por el Notario, que ha de expresar por escrito el significado que ha de darse a la declaración emitida y a la conducta seguida por los otorgantes, la cual debió *indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico*. (Artículo 147 RN).
- c) La garantía de que los otorgantes han sido informados del *valor y alcance de la redacción*. (Artículo 147 RN).

d) Y la garantía de haber sido redactado por un profesional cualificado, al que se exige el uso de un *estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma.* (Artículo 148 RN).

f.- LECTURA Y PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Otra solemnidad del instrumento público notarial es su lectura, que igualmente queda cubierta bajo la fe pública del Notario (Artículo 25 LN), lo que implica que al otorgante se ha *comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes* (Artículo 193 RN). La lectura también va en estrecha relación con el deber de asesoramiento del Notario, por ello no se trata de una lectura meramente mecánica, sino que ha de ser una lectura comprensiva, didáctica o explicativa, adaptada a las circunstancias de cada persona, a fin de que el lenguaje técnico no se convierta en *barrera* que impida o dificulte al compareciente la comprensibilidad del documento. Los notarios *igualmente darán fe de que después de la lectura los comparecientes han hecho constar haber quedado debidamente informados del contenido del instrumento y haber prestado a este su libre consentimiento* (193 RN).

g.- LOS JUICIOS SOBRE LAS CUALIDADES PERSONALES

Este último aspecto atañe muy directamente al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona, por lo que hemos de tener presente la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que es norma vigente en España, una vez ratificada.⁵ Los Convenios, una vez ratificados y publicados, forman parte del ordenamiento jurídico por lo que esta faceta del ejercicio de la función notarial ha de interpretarse y ejecutarse conforme a los contenidos y principios de la Convención de la ONU.

Unos relevantes criterios hermenéuticos, que nos pueden arrojar luz sobre esta materia, los encontramos precisamente en las la Observación general número 1 del Comité de expertos, que de modo oficial interpretan el Artículo 12 de la Convención. Se afirma en la Observación *que ejercer un*

5 Como establece el Artículo 23.3 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el *Boletín Oficial del Estado*. En similares términos el Artículo 1.5 del Código civil. El jefe del Estado, aprobó y ratificó, "prometiéndola cumplir, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes", la Convención, incorporándola así al ordenamiento jurídico, por el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que fue publicado en el "BOE" No. 96, de 21 de abril de 2008 Referencia: BOE-A-2008-6963.

derecho es tener acceso a él y poder disfrutarlo, que las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley, y, por ello, considera que los países deben dejar de usar los sistemas sustitutivos de toma de decisiones –caso de la tutela– y cambiar las leyes que discriminan a las personas con discapacidad.

También dictamina el Comité en la Observación:

- Que *tener capacidad jurídica* ha de entenderse en el sentido de tener derechos y obligaciones ante la ley y ser responsable de sus actos. Y distingue el Comité entre *capacidad jurídica* y *capacidad mental* para afirmar que son conceptos distintos.
- *Capacidad jurídica*, según el Comité, significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercerlos por ti mismo, aunque necesites ayuda; que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. En algunos países, recuerda el Comité, esto se llama capacidad de obrar y esta capacidad es necesaria para participar en la sociedad.
- La *capacidad mental* es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental –indicó el Comité– es un concepto confuso y los profesionales y los países lo entienden de manera distinta, no es un concepto objetivo y científico. Y afirma que las personas tenemos capacidades mentales diferentes y que hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Además, nuestra capacidad mental puede cambiar según los criterios que la valoran.
- Y que *todas las personas tenemos derecho a tener capacidad jurídica*, aunque tengamos una capacidad mental diferente.

La Observación del Comité de expertos, advierte que *“la mayoría de países confunden la capacidad jurídica y la capacidad mental como si fueran la misma cosa. Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental. Si la evaluación dice que su capacidad mental es poca, se niega a la persona su derecho a tomar la decisión. Es decir, se niega su capacidad de obrar, que es una parte de la capacidad jurídica. Esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos: • Se usa con personas con discapacidad solo porque tienen discapacidad. • La valoración de la capacidad mental es subjetiva.*

“Por eso, los países no deben utilizar la capacidad mental para negar a una persona su capacidad jurídica. Deben dar apoyos a las personas para que ejerzan su capacidad jurídica”.

Estos criterios deben ser tenidos en consideración por los Estados y por sus instituciones, entre ellas el Notariado.

El ejercicio de la capacidad jurídica o realización efectiva del principio de autonomía de la voluntad se garantiza en el instrumento notarial por el

juego de ciertos juicios que tienen una función preventiva y de garantía. Por medio de ellos, el Notario llega al convencimiento de que, desde el punto de vista del ejercicio de la capacidad jurídica por los sujetos, se puede autorizar el instrumento, que contiene un determinado acto o negocio jurídico, con cuya autorización quedará revestido de la fe pública notarial con los efectos que el Estado le reserva.

La concurrencia favorable de estos juicios o controles del Notario, junto con el de legalidad del acto pretendido, se funde en un único juicio, a modo de *nihil obstat*, o visto bueno, en virtud del cual el Notario llega al íntimo, personal y subjetivo convencimiento de que el acto o negocio jurídico reúne todos los requisitos necesarios para su validez y que se puede autorizar. Este juicio o convencimiento favorable hace que nazca el deber del Notario de autorizar el acto, de prestar sus funciones, pues la dación de fe o “*autorización tiene carácter obligatorio para el Notario*”. (Artículo 2 LN y 3 RN).

Como dice Rodríguez Adrados, “*el legislador, no conformándose con la dación de fe general, ha exigido muchas veces daciones de fe específicas*”, tal como hoy hace el Artículo 17 bis LN que en su apartado 2 letra a), “*el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o interviniente*”.

Los juicios sobre las circunstancias de las personas, en especial los que atañen a la capacidad, de los que da fe el Notario, son *juicios lógicos con valor jurídico*, como actos de pensamiento por medio de los cuales el Notario llega a una conclusión o convencimiento, que dota de seguridad al acto o negocio jurídico, y del que derivarán relevantes efectos jurídicos.

Desde el punto de vista de la lógica, los juicios favorables del Notario son afirmativos, singulares, categóricos y asertóricos:

- Solo si son *afirmativos* (tiene capacidad, legitimación, libertad, información) podrá autorizar el instrumento. Si fueran negativos ha de negar la prestación de su función.
- Son juicios *singulares*, pues se refieren a una persona y a un momento determinado.
- Son juicios *categóricos*, en tanto que no puede introducir condicionantes –juicios hipotéticos– o alternativas –juicios disyuntivos–.
- Y son juicios *asertóricos* pues afirman una cosa (el otorgante tiene capacidad) a diferencia de los juicios *problemáticos*, en los que se emite una opinión o probabilidad (el otorgante, opino, tiene capacidad o posiblemente tiene capacidad natural) y de los juicios *apodícticos* o juicios *demostrativos* (si el otorgante responde a todas mis preguntas con acierto, tiene capacidad).

Lo que el Notario afirma debe ser cierto para él. No cabe dar fe de una probabilidad, por alta que sea, ya que si el Notario alberga duda no puede autorizar. El juicio, desde el punto de vista del Notario, debe ser *asertórico*, lo que no es incompatible con que quepa la prueba en contrario, ya que un juicio *asertórico* puede ser acertado o errado.

Una vez emitidos, bajo la responsabilidad personal del Notario, y autorizado el instrumento, estos juicios quedan amparados por la fe pública, por lo que de ellos derivan una fuerte presunción *ius tantum* de validez que será plenamente eficaz mientras no se revise judicialmente.

En este punto conviene resaltar que el proceder del Notario a fin de emitir el juicio de capacidad, en contraste con el dictamen puramente técnico médico-psicológico, exige una actitud proactiva y colaboradora tendente a dar apoyo en el sentido que propugna la Convención. El deber de apoyo es consustancial a su función, y para ello, como dice Rodríguez Adrados, “*debe emplear su experiencia, sus conocimientos jurídicos y su auctoritas, jurídica y moral*”⁶ y, en consonancia con la Observación general número 1 del Comité de Expertos, debe tener en cuenta que *hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras*. Como hace ver Rodríguez Adrados, *el Notario tiene que poner todo su empeño en investigar y depurar la voluntad que con frecuencia le llega con numerosos defectos, a fin de poder dar fe solamente de esa voluntad común que con su consejo ayudó a formar, y que según el Artículo 147 del Reglamento, es la verdadera voluntad*.

Además, tengamos en cuenta, como pone de relieve la Observación general número 1 de Comité de expertos, que *los apoyos pueden ser muchos y muy distintos*. Entre ellos, el que denomina *la persona de confianza que, con su actuación, ayuda a decidir* (cfr. Observación al párrafo 3 del Artículo 12, Comité) o bien a los “*apoyos naturales para ejercer la capacidad jurídica*” (cfr. Comentario del Artículo 12 en relación con el 19, Comité). La primigenia utilidad del documento notarial es precisamente generar confianza: “*nihil prius fide*”. “*Fides*” significa fe o confianza. Por ello puede afirmarse que el Notario, de modo natural, en el ámbito de las relaciones jurídico privadas, es *la persona de confianza que, con su actuación, ayuda a decidir*, por lo que puede afirmarse que el Notario es un *apoyo natural*. La confianza es el valor en el que se fundamenta el principio de libre elección de Notario (Artículo 126 RN), por lo que al discapaz debe facilitársele al máximo el ejercicio de su derecho a elegir Notario, el Notario de su confianza.

El Notario es el funcionario, al que en el ámbito del desenvolvimiento natural de las relaciones jurídico privadas, el Estado atribuye la competencia

6 Antonio Rodríguez Adrados: “Principios Notariales. El Principio de Veracidad”. *El Notario del siglo XXI*, septiembre-octubre de 2006, número 9.

de *dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales* (Artículo 1 y 17 bis LN y 3 RN). En las materias propias de su competencia el Notario se constituye en un *apoyo natural*, para el otorgante que lo necesite, en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Características relevantes de estos juicios son:

- que tienen *carácter obligatorio* para el Notario;
- son de su *exclusiva competencia y responsabilidad*, sin que puedan ser suplidos por opiniones, informes o dictámenes de otros profesionales.

Las actuaciones de otros profesionales o de terceros podrán servir de gran ayuda al Notario o incluso de apoyo a la persona que necesite de ellos, pero ni pueden estimarse como imprescindibles, ni, mucho menos, pueden subordinar al Notario, pues:

- Primero, estos apoyos de terceros no eximen al Notario de su obligación de asesorar, informar e instruir a la persona, y prestar, en la medida de sus posibilidades, los apoyos precisos, a fin de permitir a cada persona que pueda decidir libremente, según sus preferencias. El Notario no debe excusarse simplemente y negar la autorización, escudándose en la mera existencia de un dictamen o informe o en la opinión de un tercero, la prestación de su función es obligatoria,⁷ y debe hacer todo lo posible por hacer realidad el ejercicio de la capacidad jurídica por la persona con discapacidad y adoptar salvaguardias a fin de que se respeten sus deseos y preferencias, cosa que en ocasiones no será posible, como en los estados comatosos o en los casos o enfermedades que implican una ausencia completa de conciencia y voluntad.
- Y segundo, tampoco le eximen al Notario de emitir el juicio de capacidad. No se debe olvidar, como dice la Observación general número 1 del Comité de expertos, que no se puede confundir *la capacidad jurídica y la capacidad mental como si fueran la misma cosa*.

Estos juicios tienen un alto *contenido moral o deontológico* pues no es un juicio pasivo o estático, sino activo o dinámico, que conllevan una actividad de apoyo y con ello se protege y garantiza derechos fundamentales de la persona: la libertad, la igualdad y la justicia.

En circunstancias de enfermedad, edad, dependencia o discapacidad, el Notario ha de convertirse en defensor de la dignidad de la persona, apoyando el ejercicio de su capacidad y salvaguardando el respeto de los derechos

⁷ Artículo 3, párrafo 3º RN: *La prestación del ministerio notarial tiene carácter obligatorio siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida.*

y a las preferencias, evitando las influencias indebidas que pretendan manipular o impedir el ejercicio libre de la voluntad, o intenten imponerse por la fuerza o el engaño (cfr. Observación al párrafo 4 del Artículo 12, Comité).

4º.- Pasamos al examen de algunos de estos juicios que se recogen en el Artículo 17 bis. 2. a. LN:

a.- JUICIO DE CAPACIDAD

El Tribunal Supremo de España STS de 22 enero de 2015 recuerda que *“sobre el juicio de capacidad en los testamentos, la doctrina del TS (SS 29 marzo 2004 y 26 de abril de 2008) se concentra en los siguientes postulados:*

- (a) que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario;*
- (b) que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento;*
- (c) que la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre.*

En materia de capacidad, de una parte, el Notario realiza:

- de un lado, un *control técnico jurídico* cuando comprueba, en aplicación de la normativa vigente, circunstancias objetivas como son la edad del otorgante, su minoría de edad, la emancipación, si existe alguna resolución judicial que afecte a la capacidad, si se ha nombrado tutor, curador, defensor judicial o existe guardador de hecho, o si, en virtud de la norma, se necesita, en función del acto o negocio jurídico, un complemento, representante legal u autorización judicial. En estos aspectos se trata de un mero control de legalidad objetivo.
- Pero, de otra parte, además de un control de legalidad objetivo, el Notario ha de realizar un control eminentemente subjetivo, cuyo objeto va dirigido a la *indagación de la capacidad natural*, es decir a apreciar la real aptitud mental de la persona en el momento del otorgamiento, o la aptitud, como dice el Artículo 193 RN, *para el cabal conocimiento del alcance y efectos del instrumento público.*

No se puede delegar o hacer recaer el control de la capacidad a un dictamen o informe psicológico, neurológico, psiquiátrico o médico. El juicio del Notario, es diferente, es el de un profesional del derecho y funcionario público, basado en su experiencia, imparcialidad, independencia, seriedad y prestigio, que debe ser precedido de una labor de apoyo, salvaguarda, es-

cucha, información y asesoramiento, a fin de garantizar la dignidad, libertad e igualdad de la persona.

b.- LEGITIMACIÓN

También exige el Artículo 17 bis. 2.a. LN que el Notario de fe de que los otorgantes tienen legitimación. Es este un control de legalidad, que hace referencia a la idoneidad de la persona, en relación con la titularidad de bienes, derechos o acciones, que le habilita para la realización de un singular acto o negocio.

Este juicio, también atañe a una de las previsiones del Artículo 12 de la Convención: *adoptar las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

c.- LIBRE PRESTACIÓN DE CONSENTIMIENTO

El Artículo 17 bis. 2.a. LN exige al Notario que de fe de forma expresa de *que el consentimiento ha sido libremente prestado.*

Este juicio supone el convencimiento del Notario de que el consentimiento prestado por los comparecientes es fiel reflejo del ejercicio autónomo de su voluntad. Este juicio es resultado de una labor de comprobación, que desde el punto de vista externo aprecia que no existe coacción o manipulación, y desde el punto de vista interno, que existe libertad de elección, para lo que la función notarial además de indagar fue asesora y conformadora, a fin de averiguar y alcanzar lo verdaderamente querido por los otorgantes, y no lo aparentemente querido, o lo querido por impremeditación, desinformación o ignorancia.

En este punto la función notarial cumple uno de los objetivos que señala el Comité de expertos al interpretar el Artículo 12 de la Convención, como es el evitar las influencias indebidas que se dan *cuando una persona engaña a otra, la controla, la atemoriza, la agrede o la amenaza para conseguir algún beneficio*, posibilidades todas ellas que se evitan en el instrumento público notarial.

Y una vez comprobada la verdadera voluntad, salvo que lo pretendido sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, el Notario tendrá que respetar la decisión tomada por el otorgante, aunque le pueda parecer *desacertada*. En estos casos tendrá que insistir en hacerle ver el aparente error o el posible perjuicio, pero una vez comprobado que el otorgante, a sabiendas, quiere actuar pese a las advertencias, el Notario tendrá que respetar la decisión

tomada libremente y autorizar el documento. En estos casos, a fin de salvaguardar el Notario su responsabilidad, puede dejar reflejo documental de la advertencia efectuada y de la insistencia del otorgante.

No olvidemos que la dignidad de la persona exige que su libertad sea respetada, incluso su *derecho a equivocarse*, sin que pueda aplicarse el criterio del mejor interés, que sí rige en el caso de los menores de edad. No hay que olvidar como dice la Observación general número 1 el Comité de expertos que se deben *respetar las preferencias y los deseos de la persona, asegurar que las medidas de protección de las personas con discapacidad garantizan sus derechos y sus preferencias* y las medidas de protección, y también el Notario, *tienen que respetar el derecho a cometer errores y a asumir riesgos*. Esto es así ya que, como dice el Artículo 12 de la Convención, exige que en la adopción de salvaguardias se asegure *que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*. En esta materia, el notariado de tipo latino germánico viene realizando desde hace siglos, una relevante labor.

d.- VOLUNTAD INFORMADA

Otro de los juicios que exige el Artículo 17 bis. 2.a. LN al Notario es que de fe de que la voluntad del otorgante es una *voluntad informada*.

Aquí la función de información y asesoramiento del Notario se constituye en un apoyo fundamental en la toma de decisiones. Como dice la Observación general número 1 del Comité de expertos *las barreras pueden ser la falta de información fácil de entender*. La información, para que sea comprensible, debe ser adaptada a las necesidades, habilidades y circunstancias de cada persona, en consonancia con la obligación de los Estados de *garantizar* –como indicó el Comité– *la accesibilidad de la información y de los espacios de la comunidad y de la sociedad para que no haya barreras que impidan a las personas ejercer sus derechos*.

La ignorancia, y sobre todo la mentira, la desinformación, las verdades a medias, la manipulación o cualquier forma de engaño atenta contra la libertad y por tanto contra la dignidad del hombre, a quien se le priva de su derecho natural a conocer y decidir en verdad. El Notario ha de procurar que la información concerniente a los presupuestos fácticos y jurídicos, sobre los que se toma la decisión, sean coincidentes con la verdad, premisa imprescindible para adoptar decisiones auténticamente informadas, libres y responsables.

No se trata de que a los otorgantes se les haga saber todos los detalles técnico jurídicos relacionados con el acto o contrato que pretendan realizar, sino que es suficiente con brindar un asesoramiento e información adecuado, claro y adaptado a las circunstancias de cada persona que le permitan

adquirir un *cabal conocimiento del alcance y efectos*⁸ del acto o contrato que se documenta.

De todo lo anterior, puede apreciarse que una institución milenaria, como es el notariado, es por naturaleza apoyo y salvaguarda de las personas, en especial de las más vulnerables y necesitadas de protección. En esa labor, como dice Vallet, *debe quedar a salvo la libertad creativa de los otorgantes, comparecientes ante el Notario, con el fin de alcanzar, guiados por este, la realización de estas tres finalidades: cubrir un mínimo de requisitos para que exista el instrumento público; no rebasar los linderos trazados por las normas que delimitan la autonomía de la voluntad, y, dentro de ellos, procurar la satisfacción de las finalidades empíricas pretendidas por los otorgantes, dentro de la realización del valor justicia que debe ser el fin último de toda ordenación jurídica.*⁹

8 Artículo 193 RN.

9 Juan B. Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación del Derecho*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 1282.

El Notario: función de autoridad pública¹

Leonardo B. Pérez Gallardo
Profesor Titular de Derecho Civil Facultad de Derecho
Universidad de La Habana. Notario

Sumario

1. Notario público ¿acaso un pleonasma? 2. La función pública notarial: algo más de una polémica. 3. El Notario como profesional del Derecho. Lo público y lo privado en el desempeño de la función notarial. 4. El Notario: “confesor” de sus clientes y custodio de los documentos públicos notariales. 5. La fe pública notarial como verdad impuesta. Su alcance en la interpretación jurisprudencial. Especial referencia a la del Tribunal Supremo cubano. 6. La dimensión social y humana del Notario. 7. El Notario: ¿*Le Tailleur du Droit*? 8. El cáliz del notariado y la sociedad del siglo XXI. Bibliografía.

1. Notario público ¿acaso un pleonasma?

Como sabiamente apuntara González Palomino “el notariado es una creación social, no una creación de las normas. En eso radica su fecunda fuerza y vitalidad reales, y su desdibujamiento real. Las creaciones de la ley tienen siempre menor vigor que las de la realidad”, “El Notario, como jurista y como Notario, es una creación biológica como lo fue el jurisconsulto romano, con quien tiene tantas semejanzas”.² Ha sido la sociedad la que ha creado al notariado, la ley no ha hecho sino responder a esa sentida realidad. Al decir de Martínez Sarrión la fe en el notariado “es el producto acumulado en la fe en los notarios, más aún en el Notario en singular. Las gentes de la Edad Media van en busca del Notario como los escolares no dudan en ir

- 1 Conferencia pronunciada por el autor en el VIII Congreso de los notarios públicos rumanos, celebrado en la ciudad de Sinaia, Rumanía, del 19 al 22 de noviembre de 2008, publicado en la *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, No. 56, julio-diciembre de 2008, pp. 37-58 y en la *Revista Jurídica del Perú. Derecho privado y público*, No. 95, enero de 2009, pp. 381-395.
- 2 González Palomino, *cit. pos* Juan B. Vallet de Goytisolo: “La misión del Notario”, en *Revista Internacional del Notariado*, No. 33, enero-marzo, 1957, p. 11.

viajando para recoger las enseñanzas de los maestros. Es el prestigio del hombre lo que da seguridad, no la mera suscripción del documento”.³ De ahí el por qué el Derecho ha brindado tutela a un reclamo de la sociedad. El notariado nace como resultado del requerimiento social de dar certeza en el desenvolvimiento de los derechos en un estadio fisiológico. Por ello, la misión puramente preventiva de la función notarial y de su protagonista: el Notario.

Pero la voz *Notario*, que nace de *notaría*, ha supuesto prístinamente notar, redactar por escrito pública y auténticamente, y en tal sentido como apunta Aristónico García es “el Notario la persona privilegiada encargada de redactar pública y auténticamente los negocios de los hombres”.⁴ De ahí que algunos legisladores abusivamente empleen el apelativo público para referirse al Notario.⁵ Empero ¿se puede concebir en la actualidad un notariado que no ejerza públicamente su función? ¿Es que acaso hay un Notario privado en contraposición al Notario latino, en esencia, Notario? El propio Aristónico García se encarga de explicar que dicho apelativo no implica que el Notario jerárquicamente se subordine a autoridad alguna, ni que sea un funcionario administrativo, sino se debió a la progresiva transformación del escritor profesional en persona de autoridad pública, o sea, a persona en ejercicio de un *officium ad publicam utilitatem*. De ninguna manera dicho apelativo ha significado subordinación a poder alguno, sino expresión de la autoridad que este representa, el desempeño mismo de un oficio público, el que sea concebido como una pública persona.⁶ Siglos después resulta un verdadero desacierto no solo del lenguaje jurídico, sino para el desarrollo científico del Derecho Notarial, el empleo de ese apelativo. Hoy día decir Notario, es más que suficiente. Ni tan siquiera se requiere el empleo del adjetivo *latino*.⁷

3 Martínez Sarrión *cit. pos* Juan B. Vallet de Goytisolo: “Determinación notarial del Derecho”, en Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores): *Derecho Notarial*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 118.

4 José Aristónico García: “Prólogo” a la *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I, *Legislación Notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 15.

5 En algunas legislaciones latinoamericanas, incluso modernas, suele emplearse aún el apelativo público, para referirse al Notario, así *v.gr.*, el *Código Notarial de Costa Rica*, Ley No. 7764/1998 de 17 de abril.

6 *Vid.* José Aristónico García: “Prólogo”, *cit.*, p. 16.

7 Es dable aclarar que la Asamblea de los Notariados Miembros, que sesionó en Roma el 8 de noviembre de 2005, aprobó la supresión del adjetivo “latino” en la denominación de la Unión, aun manteniendo su logotipo y acrónimo U.I.N.L. originarios, según Resolución No. 8/2005. Entre los argumentos esgrimidos se siguieron el que el notariado “latino” como se le suele denominar es verdaderamente el único notariado existente. En la

2. La función pública notarial: algo más de una polémica

Mucho ha debatido la doctrina científica sobre la naturaleza pública de la función notarial. Hoy sobre este tema, en el cual si bien no es ajena aún alguna que otra polémica, no parece dubitarse. En la doctrina española, la primera autoridad académica en Derecho Notarial, Antonio Rodríguez Adrados, ha dejado bien clara la inescindibilidad del desempeño privado de una función que por esencia es de carácter público, lo cual refuerza hoy la reformulación del Artículo 1 del Reglamento Notarial, dado por las modificaciones operadas por el Real Decreto No. 45/2007, de 19 de enero, al anterior reglamento de 1944.⁸

Expresa Rodríguez Adrados que “La función pública es, pues, constitutiva del notariado”.⁹ Ello incluso está en los orígenes de la propia institución notarial. La autenticidad y la fe pública designan y marcan el carácter de esta función. Si bien hay una inescindibilidad de los componentes público y privado de la función notarial, ello opera “bajo la primacía conceptual de los elementos públicos, pues sin ellos la función notarial desaparecería o se convertiría en mera especialidad de la profesión de abogado”.¹⁰

La función pública atribuida al Notario es exclusiva de él, ningún otro profesional o funcionario la ostenta. A mi modo de pensar, el que el Notario sea definido como funcionario público en una norma legal (*v.gr.*, el Artículo 1 de nuestra ley notarial), ni le demerita, ni aminora la honrosa misión social que le viene atribuida, no solo por ley, sino por encomienda de la sociedad. Coincido plenamente con Rodríguez Adrados cuando realza la primacía conceptual del elemento público en la función notarial, sin ello no sería posible la autoridad de que la están dotados los documentos de autoría notarial. Por

ocasión, el entonces presidente de la Unión, el italiano Giancarlo Laurini, expresó “[...] su complacencia de que precisamente en Roma, centro y cuna de la civilización latina, se haya tomado esta decisión de suprimir el adjetivo latino, ya que tal supresión no quiere decir que renunciamos a los principios de la latinidad que nos ha sido dejado en herencia, sino al contrario, es una confirmación de nuestro ancestral vínculo”. Al respecto *vid.* Acta de la Asamblea de los Notariados Miembros, primera sesión ordinaria de la legislatura 2005-2007, Roma, 8 de noviembre de 2005.

8 Según el dictado del Artículo 1 del Reglamento Notarial español: “*Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado [...]*”.

9 Antonio Rodríguez Adrados: “Los componentes públicos de la función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 25, enero-marzo, 1998, p. 59.

10 *Vid.* Antonio Rodríguez Adrados: “Comentarios al Artículo 1 de la Ley del Notariado”, en *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I, *Legislación Notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 42.

esa razón el Notario puede imprimirle autenticidad y legalidad a los actos y los hechos en los cuales interviene y le viene impuesto incluso el deber de custodia y conservación de los documentos públicos notariales que autoriza.

3. El Notario como profesional del Derecho. Lo público y lo privado en el desempeño de la función notarial

Ahora bien, en el desempeño de esa función pública notarial, tiene un valor esencial, que acrisola la labor del Notario, su condición de profesional del Derecho. Por ello no es de extrañar que la mayoría de las legislaciones notariales exijan como un requisito para el acceso al notariado, el estar titulado en Derecho, ya sea por universidad nacional o foránea,¹¹ incluso en algunos países se exige la especialización a nivel de maestría,¹² Solo un profesional del Derecho es capaz de brindar el asesoramiento técnico que el Notario da. De nada le vale el ser “dador” de una fe pública, si no es a la par una persona versada en conocimientos jurídicos. Pero no es suficiente ser un profesional del Derecho con título habilitante por una universidad, sino en los países que como Cuba se adscriben a un notariado *numerus clausus*, el sistema de acceso presupone todo un reto para el aspirante que tendrá que vencer un difícil examen de habilitación por el sistema de oposición, en el cual se mide la aptitud profesional de quien pretende acceder al notariado. Con ello se garantiza la óptima calidad del postulante.

La existencia de un examen de oposición es un filtro que purifica la entrada de profesionales de alto nivel científico al cuerpo notarial. En la medida en que los ejercicios en que consiste este examen sean más rigurosos, más elevada será la capacidad intelectual, analítica, reflexiva del aspirante,

11 *Vid.* Artículo 2.2 del Código del Notariado de Guatemala, Artículo 9 d) de la Ley Notarial de Ecuador, Artículo 8 b) de la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Artículo 10 de la Ley Orgánica del Notariado de España, Artículo 10 b) de la Ley del Notariado de Perú, Artículo 5, apartado 3º de la Ley del Notariado de República Dominicana, Artículo 7, primer párrafo de la Ley del Notariado de Puerto Rico, Artículo 13, fracción II, de la Ley del Notariado para el Distrito Federal de México, parágrafo 7 b) de la Ley relativa a los notarios y sus actividades de la República Checa, parágrafo 11 b) de la Ley relativa a los notarios y sus actividades de la República de Eslovaquia, parágrafo 17 b) de la Ley del Notariado de Hungría, Artículo 25 b) del Estatuto del Notariado de Portugal.

12 Tal es el caso del Código Notarial de Costa Rica que en su Artículo 3 c) requiere de una especialidad de posgrado en Derecho Notarial y Registral y de la Ley de notarios y de la actividad notarial de Rumanía que en su Artículo 16 b) exige para el acceso al notariado ser doctor en Derecho o tener una maestría en Derecho.

amén de otras consideraciones de índole moral, clave en el camino al notariado.¹³ Como arguye Rojas Martínez del Mármol: “[...] la propia finalidad de la fe pública exige que quienes ejerzan la función tengan una adecuada formación y cualificación (principio de especialidad), lo que se acredita a través de un riguroso sistema de selección [...]”.¹⁴

Solo un profesional altamente calificado puede estar a la altura que el desempeño de una función como la notarial reclama. Precisamente este perfil de la función notarial sustenta la labor de intérprete, de asesor, de consultor, de asesor, que se reclama de un Notario. Nadie como él para saber encauzar por el torrente normativo las más disímiles pretensiones de los personas, parafraseando al maestro Carnelutti, los caminos del Notario no son solo los de la tierra, sino también los del cielo, pues debe orientar a los hombres en sus transacciones, que es como ayudarles a navegar, y lo mismo que para los navegantes, las estrellas pueden ser quizás el mejor criterio orientativo, esa misma función hace a veces el Notario cuando los hombres sin sopesar el viaje que la vida representa para ellos, se deciden a realizar actos o negocios jurídicos, sin seguir el consejo de un Notario.¹⁵ “La condición de profesional del Derecho de los notarios resulta necesariamente [...] de su misión privada; de que no solamente tienen a su cargo los intereses públicos, sino que también debe velar por los intereses particulares de sus clientes; es más, aquellos intereses públicos consisten principalmente en que estos intereses privados se inserten en el ordenamiento con la mayor seguridad, eficiencia y justicia posible”.¹⁶

De ahí también el control de legalidad que le viene atribuido ex Artículo 1 de nuestra ley notarial al exigírsele al Notario que su dación de fe de cualquier acto extrajudicial ha de ser conforme con la ley. Este control de legalidad está bien imbricado en la labor de asesoramiento. Precisamente ese asesoramiento persigue, entre otros fines, encauzar por los senderos del Derecho las pretensiones de los particulares. En tal sentido el Artículo 45 de la ley notarial rumana deja explícito que *“Los notarios están obligados a clarificar las relaciones efectivamente existentes entre las partes respecto al documento*

13 Que como expresaran José Roan Martínez y Manuel de la Cámara Álvarez, “tan importante como la formación jurídica es la formación moral y humana del Notario”, en “La formación y selección del Notario”, *Revista de Derecho Notarial*, No. 61-62, julio-diciembre de 1968, pp. 153 y ss.

14 Vid. María del Pilar Rojas Martínez del Mármol: *El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 273-274.

15 Francisco Carnelutti: “La figura jurídica del notariado”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Editorial Reus, Madrid, 1954, p. 23.

16 Vid. Antonio Rodríguez Agrados: “Comentarios al Artículo 1...”, *cit.*, p. 48.

que se proponen otorgar, a cerciorarse de que el objeto perseguido por ellas es conforme con las disposiciones legales y a explicar a las partes los efectos jurídicos del instrumento en cuestión”. Queda regulada así la función de asesoramiento preinstrumental que atañe al Notario y que se extiende también al momento ulterior del otorgamiento y autorización del instrumento, contenido en este a través de las advertencias legales, sobre todo a los fines de la inscripción del título y del pago de los impuestos, coadyuvando así al cumplimiento de los deberes fiscales que a los sujetos de negocios jurídicos transmisivos de derechos les concierne, siendo incluso en determinados ordenamientos jurídicos agente retentor.

Como apunta Rodríguez Adrados los componentes público y privado de la función notarial reposan en una relación simétrica, constituyen una perfecta ecuación, cuyo resultado es la tutela de los intereses privados como parte de la necesidad de garantizar la credibilidad y autenticidad de cuantas transacciones se ejecutan en la vida privada, pero desde el desempeño de una función pública, en fin “no se trata de una mera yuxtaposición o de una mezcla de elementos heterogéneos; no hay dos funciones: una pública y una privada, soldadas con mayor o menor resistencia, sino [...] una interacción de unos elementos en los otros; los componentes privados penetran en los públicos y los moralizan, y de la misma manera los componentes públicos penetran y modalizan los componentes privados, unos y otros [...] se funden, dando lugar a una función nueva, distinta de sus componentes originarios, una función unitaria, típica, que es la función notarial”.¹⁷

4. El Notario: “confesor” de sus clientes y custodio de los documentos públicos notariales

La actuación del Notario se sustenta en un estricto respeto al secreto profesional. De ahí la formulación del Artículo 8 del Código de Ética del Notariado cubano: “Corresponde al Notario obrar con imparcialidad y discreción en la tramitación de los asuntos sometidos a su consideración y competencia, aun cuando haya dejado de prestar sus servicios”. El protocolo es el reservorio de las más disímiles manifestaciones de voluntad y de hechos o circunstancias con relevancia jurídica que hacen fe pública y que tiene a su cargo un Notario. La relación del cliente con el Notario se sustenta en una extrema confianza. Nos recuerda Rodríguez Adrados que en el emblema del notariado español, orlado con las dos ramas de olivo de la paz a que la

17 Vid. Antonio Rodríguez Adrados: “Los componentes públicos...”, *cit.*, p. 58.

justicia tiende y con el lema *Nihil prius fride*, se contiene un libro protocolo cerrado.¹⁸ El Notario ejerce un sacerdocio civil y como “confesor” ha de ser celoso guardián de lo que ante él se ha expresado. “El secreto profesional se configura de manera tal que el Notario no puede hacer uso de la información recibida para finalidades distintas de su función fedataria, ni en beneficio propio, ni en beneficio de terceros”.¹⁹ Esta razón justifica el por qué el acceso al protocolo notarial es limitado, si bien no puede considerarse de uso exclusivo del Notario, ni de los comparecientes. El propio Estado limita el acceso a él bajo el principio de exhibición de las matrices de los documentos públicos, limitado, y del derecho a solicitar copias. No obstante, quede claro que determinadas instituciones tienen acceso al protocolo notarial, como las autoridades correspondientes del Ministerio de Justicia y de las direcciones provinciales de Justicia, los tribunales competentes, previo mandamiento judicial y otras instituciones públicas, en razón del interés histórico debidamente acreditado (*cf.* Artículo 142 del Reglamento notarial). Ello sin perjuicio del deber que tiene el Notario de brindar información a la administración tributaria y el derecho a conocer ciertos datos que tiene esta, derivado del deber general de colaboración que se le impone de modo general a los ciudadanos y en específico a los funcionarios públicos en este orden.

El secreto de la actuación del Notario abarca no solo el secreto del protocolo que se da en un ámbito objetivo, derivado de la existencia de los documentos autorizados, sino también el propiamente dicho secreto profesional, en tanto la información que recibe, que va desde el deseo de disolver el vínculo matrimonial, el estado de solvencia económica del cliente o el propio estado afectivo de este para con sus parientes más propincuos, reflejado muchas veces a la hora de instituir herederos o legatarios en testamento. De esta forma al Notario le está vedada la posibilidad de brindar cualquier información sobre aquellos hechos de los cuales tenga conocimiento como consecuencia del ejercicio de sus funciones. No existe un precepto concreto que imponga el deber de secreto profesional, ni en la ley, ni en el Reglamento notarial. Adpero, se colige de su normativa, en especial de la regla de acceso al contenido del protocolo (*cf.* Artículo 142 del Reglamento notarial).

He aquí la *ratio* misma de existencia del protocolo en la necesidad de lograr uno de los fines del documento público notarial, a saber: su perdurabilidad en el tiempo.

18 Antonio Rodríguez Adrados: “Personas con derecho a copia”, en *Estudios Jurídicos IV*, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996, p. 356. Allí también expresa que en el emblema de los registradores de la propiedad se contiene un libro, pero abierto, expresión de la publicidad formal de los registros.

19 Tal es el sentido de la expresión, que comparto, de M. P. Rojas Martínez del Mármol: *El ejercicio privado...*, p. 175.

La incorporación del documento notarial al protocolo forma parte de la esencia misma de la función notarial. Solo se logra la pervivencia de los actos, hechos y negocios instrumentados por el Notario a través de una diligente conservación y custodia de los documentos, de ahí el deber jurídico impuesto por el Reglamento notarial al Notario en su Artículo 140 ¿Qué fuera de la eficacia del documento público notarial, si este no se conservara perennemente en el tiempo? Solo el protocolo notarial logra la conservación del instrumento público en su totalidad y con ello su integridad, la perdurabilidad del pensamiento humano allí corporificado, superando así el devenir de los siglos y la frágil memoria de los humanos.

5. La fe pública notarial como verdad impuesta. Su alcance en la interpretación jurisprudencial. Especial referencia a la del Tribunal Supremo cubano

Nos decía Núñez Lagos, con toda la agudeza que caracterizaba al maestro que “[...] la fe pública responde a un concepto histórico, de matices místicos, que para la teoría general del Derecho no tiene otro significado que el de un grado o manera de eficacia de ciertos *hechos narrados en un texto documental*, eficacia atribuida por la ley a una clase de documentos calificados de *públicos*”.²⁰ La fe pública notarial es una necesidad sentida. Los actos, hechos y circunstancias de relevancia jurídica requieren de credibilidad, autenticidad, certeza. Actúa como una verdad impuesta. Los contratos y demás negocios jurídicos instrumentados por Notario gozan del privilegio de la legalidad, el de la autenticidad, y el de la legitimidad. Autores como Giménez-Arnau han definido la fe pública como “la convicción del Estado de la certeza de un hecho o de una relación jurídica que se impone a los particulares, abstracción hecha de su creencia individual”,²¹ o sea, es una creencia impuesta *ex lege*, en respuesta a una necesidad social. Para Abella “la fe pública es potestad legal atribuida a ciertos funcionarios que tienen por objeto presenciar y representar en los documentos hechos evidentes que en expresión documental se presumen verdaderos o auténticos. Como calidad jurídica, es el carácter auténtico que el ejercicio de la potestad de dar fe comunica al documento autorizado, con respecto a su contenido y autoría”.²²

20 Vid. Rafael Núñez Lagos: *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Madrid, 1916, p. 455.

21 Giménez-Arnau *cit. pos* Adriana Abella: *Derecho Notarial, derecho documental-responsabilidad notarial*, Zavalia, Buenos Aires, 2005, p. 91.

22 Adriana Abella: *Derecho...*, *cit.*, pp. 92-93.

Empero, es dable aclarar, como apuntaba Núñez Lagos que la fe pública es una cualidad que lleva el documento en el que se ha instrumentado el acto o hecho. “Nadie al referirse al funcionario, puede decir que este tenga fe pública, más que en sentido figurado, refiriéndose al autor del documento con fe pública, tiene necesariamente un autor en el ejercicio de una actividad pública. Otra cosa es confundir la seda con el gusano, y el sacramento con el ministro”.²³ Por ello aunque es muy común en el lenguaje jurídico decir que el Notario es quien tiene la fe pública, realmente la expresión ha de interpretarse en un sentido figurado, metafórico, no en el recto sentido jurídico que la expresión evoca. Lo que va al proceso es el documento que se aprecia como lo que es, un documento público en razón de la autoría, y de la autoridad pública de la que ostenta su creador. No se aprecia como prueba personal, sino como prueba real.

Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El Notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruye por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos.

En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de algunos cortes y tribunales supremos de los países del notariado latino, que le dan eficacia privilegiada en la valoración de los documentos públicos notariales, aportados como pruebas al proceso. En sentencia lapidaria, la Corte Suprema de la Nación de Nicaragua se ha pronunciado con el argumento de que:

“Cuando hablamos de la fe pública notarial no se está en presencia de un acto subjetivo de fe, sino de hechos que objetivamente estamos en la obligación de aceptar, como hechos reales y revestidos de la verdad, en acatamiento a ordenamientos de carácter legal, previstos en la ley para garantía de la misma sociedad y de todas aquellas personas, tanto naturales como jurídicas que comparecen ante ese funcionario que llamamos Notario, para darles vida jurídica a todos aquellos actos o contratos en que ellos intervienen dentro del amplio ámbito del Derecho. El Estado ideó el sistema

23 R. Núñez Lagos: *Estudios... I, cit.*, p. 458. En este mismo sentido apunta A. Rodríguez Adrados: “Fe pública”, en *Estudios Jurídicos II*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 178, quien expresa: “No es el Notario el que ‘da fe’, aunque la expresión se conserve en nuestras leyes; entre otras cosas porque la fe se extiende a los hechos y juicios propios del Notario narrados en el documento; es el documento el que ‘hace fe’, cumplidas las solemnidades legales y asumida la autoría por el Notario”.

de investir a una persona en la delicada función de dar fe —esa persona se llama Notario— por manera que al intervenir y autorizar el documento, al ser revestido de la facultad de Juez Inventariante, puede decirse que en dicho acto y actuaciones está presente el mismo Estado; por manera, que el primitivo concepto de ‘fe’ que era de simple creencia en algo fuera de lo natural; tal concepto se convirtió por una necesidad social y de orden legal, en un imperativo de carácter jurídico que nos obliga por un mandato establecido por la ley, a estimar como verdaderos, reales y auténticos, los hechos y actuaciones de una persona que ejerce la función de Notario; por consiguiente, la FE PÚBLICA que el Estado confiere al Notario, se considera como una verdad de carácter oficial que todos están en la obligación de aceptar, salvo que de manera plena se demuestre en juicio que el Notario haya incurrido en alguna falsedad”.²⁴ Sentencia de las 10:45 a.m. del 28 de julio de 1992, B.J., pp. 189-192, Considerando Único.

Nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, si bien no ha sido tan concluyente, ha sustentado en la existencia de la fe pública notarial de la que tienen los documento públicos, y el plus o valor añadido que ello supone, la desestimación de recursos de casación interpuestos contra sentencias de tribunales de instancia, en la que se ha interesado la nulidad de actos jurídicos instrumentados por escritura pública, bien por supuestos casos de error, ya sea en el juicio de identidad²⁵ o en el juicio de capacidad.²⁶

24 En esta sentencia se acusa el sentido subjetivo de fe pública, al cual alude Bardallo, *cit. pos* A. Abella: *Derecho...*, *cit.*, p. 92 y que al decir de Núñez Lagos ha de entenderse tan solo en sentido figurado. Para Bardallo, la fe pública también puede entenderse como potestad atribuible al Notario, manifestada en la acción de dar fe, o sea, de asegurar el carácter verdadero del *dictum*.

25 En la Sentencia No. 33 de 29 de enero de 2003, Único Considerando (ponente Carrasco Casi) se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto, para lo cual sostiene la Sala que “[...] se intenta desvirtuar en este proceso la fe pública dada en la esfera extrajudicial por el funcionario actuante, acerca de la plena seguridad y rotunda aseveración de que es cierto e indubitable el hecho a que el testimonio notarial se refiere sobre el conocimiento del otorgante, al consignar el referido funcionario en el instrumento notarial a que se refiere la litis, que lo identifica con el carné de identidad, cuyo número anotó en él es decir, su aseveración en tal sentido es de ciencia propia [...]”, razón por la cual el tribunal de casación, al poner énfasis en la actuación del Notario, quien por ciencia propia tuvo frente a sí al compareciente, a quien identificó a través del documento de identidad, da por sentada la veracidad que el instrumento público presupone, en tanto en la instancia, no pudo destruirse esa fuerte presunción *iuris tantum* que él contiene respecto a su legitimidad.

26 En la Sentencia No. 430 de 31 de julio de 2003, Único Considerando (ponente Acosta Ricart) la Sala también desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de instancia, en proceso promovido sobre nulidad de testamento por falta de capacidad del testador, para lo cual le da especial relieve al juicio de capacidad dado por

Que la fe pública es una verdad impuesta, garantista de la paz jurídica, en el tráfico jurídico no le queda duda al Tribunal Supremo:

“[...] la fe pública [...] es función específica del poder del Estado, de carácter público, cuyo depositario es el Notario, y está dirigida esencialmente a garantizar determinados derechos y obligaciones, acreditando la veracidad de determinados hechos y actos que de manera directa afecten la actuación de la legalidad [...]”. Sentencia No. 506 de 28 de septiembre de 2007, Primer Considerando. Ponente Acosta Ricart.

Tampoco le es ajeno el valor preventivo de la fe pública, “El documento con fe pública tiene una presunción de verdad que lo hace creíble mientras

el Notario, en razón de la función pública que este desempeña, y en concreto de la fe pública de la que está dotado el documento notarial, razón por la cual expresa la Sala: *“[...] mereciendo especial atención el juicio de capacidad dado por el Notario actuante en el instrumento público cuya eficacia se ha cuestionado, pues no puede soslayarse que en todo caso tiene como función específica del poder del Estado la de la Fe Pública, que equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho con trascendencia jurídica, resultando en todo caso concordante el juicio que ofreció, con el resultado del conjunto de pruebas obrantes en actuaciones, por las que se acreditó que aun y pese a la fatal enfermedad que padecía el testador, mantenía plena su capacidad mental al momento del otorgamiento del citado instrumento, razón por la que no puede estimarse que el acto jurídico contenido en el mencionado instrumento adolezca de causal de nulidad [...]”*. Posición que se confirma en la Sentencia No. 615 de 20 de diciembre de 2007, Segundo Considerando, de la propia ponente, en la que igualmente se declara SIN LUGAR el recurso de casación en asunto atinente a la impugnación de testamento notarial, en esta oportunidad con argumentos más explícitos por la Sala del valor de la fe pública notarial, la que considera que *“[...] funge como irrefutable [...] dada por el fedatario actuante en cuanto a la capacidad de la testadora como compareciente, entendida como función específica del poder del Estado, de carácter público, cuyo depositario es el Notario, dirigida a garantizar determinados derechos y obligaciones, acreditando la veracidad de determinados hechos y actos que de una manera directa afecten la actuación de la legalidad [...] resultando por tanto el juicio de capacidad acerca de los comparecientes, uno de los aspectos probatorios del instrumento público [...]”*. E igualmente se reitera en la Sentencia No. 65 de 27 de febrero de 2008, Único Considerando, de la misma ponente en que también se declara SIN LUGAR el recurso de casación en un caso en que se pretendía la nulidad del testamento, para lo cual la Sala se apoya en *“[...] la relevancia que sobre el tema debatido durante el proceso tiene el juicio de capacidad ofrecido por el Notario, que de hecho y sin fundamento se viene cuestionando, pues no puede soslayarse que al mismo como función específica del poder del Estado le viene conferida la de dar fe notarial, que equivale a atestiguar solemnemente la veracidad de un hecho de trascendencia jurídica, apreciándose que en el instrumento específico la fedataria actuante estimó a la compareciente con la capacidad necesaria para la realización del acto, o sea que dio su juicio de capacidad, circunstancia que se determinará a criterio del Notario, no bastando que lo consigne así en el instrumento apoyándose en el dicho de los otorgantes, sino que es obligatorio y necesario que también compruebe y determine dicha constancia [...]”*.

no se demuestre su falsedad”,²⁷ con eficacia *erga omnes*, en tanto es portador de una presunción de fehaciencia, difícil, si bien no imposible de destruir. No olvidemos que la solvencia intelectual y moral del Notario, además de la autoridad que le viene dada por ley, hacen al documento el mejor reservorio para la plenitud de efectos jurídicos del acto, negocio o hecho corporificado en él y una perennidad en el tiempo. En este sentido ha dicho la Sala:

“[...] *no es posible soslayar que la fe pública notarial tiene una misión preventiva, por constituir los actos que la misma ampara, una forma de prueba preconstituida que solo puede ser destruida mediante prueba fehaciente e indubitada* [...]”. Sentencia No. 645 de 28 de diciembre de 2007. Primer Considerando. Ponente Arredondo Suárez.

6. La dimensión social y humana del Notario

En razón del VIII Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en octubre de 1965 en México, el santo padre, Pablo VI, en su homilía-mensaje, dirigido a los notarios allí congregados, expresó: “La función notarial, aunque diversa en sus modalidades prácticas, según los diversos ordenamientos civiles de los pueblos, tiene su intrínseca razón de ser en la sociabilidad y solidaridad humanas [...]”. Es cierto que las personas acuden al Notario en busca de un asesoramiento técnico como perito del Derecho que es, pero también desde antaño y aún hoy se vivencia cada día, se busca al Notario como persona de experiencia, no solo en razón del asesoramiento, sino también del consejo. Y en ese consejo se va más allá, en tanto supone “[...] el deber del Notario a quien acude un cliente para saber lo que, en virtud de sus experiencias jurídicas, económicas, e incluso humanas, le aconseja saber en determinadas circunstancias [...] es el servicio que el Notario le presta a su cliente para que este pueda tomar sus decisiones, aceptándolo o rechazándolo”.²⁸ El Notario carece de *imperium*, tan solo es un tercero imparcial, que ha de poner en manos del cliente sus experiencias en pos de encauzarlo en las vías idóneas para el logro de su cometido. Como con agudeza se ha dicho “es de desear que el Notario haga, en favor de sus clientes y de la seguridad jurídica, más que lo absolutamente necesario, y es precisamente aquel excedente de trabajo y solicitud y cuidados

27 Vid. Pablo Alejandro Carrica: “La fe pública”, en *Revista del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires*, año 105, No. 932, 1999, pp. 90-91.

28 Vid. Winfried Kralik: “El deber de informar al Notario”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Separata del tomo XXII, volumen II, Madrid, 1981, p. 12.

los que distinguen el buen Notario activo que todos deseamos, del menos bueno y pasivo”.²⁹

Como diría Carnelutti, el Notario es un guardián del Derecho,³⁰ como ningún otro, por ello Figa Faura consideraba que el notariado “es una institución cuya existencia está justificada en la conveniencia de alcanzar la mayor seguridad jurídica posible”,³¹ a lo cual añadía el propio Carnelutti que tiene una función preventiva o de higiene del Derecho “cuanto *más consejo del Notario*, cuanta *más conciencia del Notario*, cuanta *más cultura del Notario*, tanto menos posibilidad de litis, y cuanto menos posibilidad de litis tanto menos necesidad de juez”.³²

Vale mencionar el sentido del Artículo 6 de la Ley de notarios y de la actividad notarial de 12 de mayo de 1995 de Rumanía, en la que se constata esta labor cautelar del Notario, como parte del delicado tejido de las instituciones jurídicas en función del bienestar social. En tal sentido prescribe la norma la labor de asesoramiento de las partes por el Notario y su lícita abstención no solo cuando lo que se pretenda instrumentar sea contrario a Derecho, sino también cuando conculque las buenas costumbres. Precepto similar tiene nuestra Ley de las Notarías Estatales de 1984 en su Artículo 14.

El Notario es por excelencia un *consultor jurídico*, por supuesto de los de primera fila, pues a él se ha de acudir para evitar que en un futuro surja un inconveniente, de ahí el valor de los dictámenes jurídicos que en ocasiones se nos solicita como expertos del Derecho, pero a la par de perito del Derecho, el Notario no puede perder de vista la dimensión de ser humano, incluso en el lenguaje que utiliza para dirigirse a quienes solicitan su asesoramiento o su consejo. No se concibe un Notario que no sea capaz de dialogar con franco espíritu conciliador y con racionalidad en el empleo de los términos jurídicos. Vale más un buen consejo que un documento autorizado sin pleno convencimiento de su alcance. Es lamentable que hoy día muchas leyes reguladoras del consentimiento informado para la práctica de intervenciones médicas sobre los pacientes, de disposición de órganos y tejidos humanos, de tejido fetal, de disposición de células germinales, de preembriones o embriones humanos, de voluntades anticipadas, no establezcan la necesidad de que tales actos se hagan constar necesariamente ante Notario público, o solo brinden esta posibilidad como una vía alternativa.³³ Nadie como el Notario para emitir

29 *Ídem*, p. 13.

30 *Vid.* F. Carnelutti: “La figura jurídica...”, *cit.*, p. 11.

31 *Vid.* Luis Figa Faura: “La función social del Notario”, en *Revista de Derecho Notarial*, LXXIX, enero-marzo de 1973, p. 8.

32 F. Carnelutti: *Ob. cit.*, p. 23.

33 *V.gr.* la Resolución No. 219/2007 de 8 de junio del ministro de Salud Pública contentiva de las “Normas éticas para la protección de la información genética de

juicios jurídicos, y permitir el acceso al documento de una voluntad cristalina, verdaderamente coincidente con el querer interno, atinadamente informada, solo así se evita en el futuro la posibilidad de impugnación del acto por determinados vicios en la declaración de voluntad, si bien ello no se obtiene en todo caso, pues la fe pública no garantiza la sinceridad de las declaraciones de voluntad, solo permite que el acto circule en el tráfico jurídico dotado de una presunción de legalidad, de autenticidad y de legitimación. Y ello, sin duda es bastante. En tal sentido, llevaba razón Pablo VI cuando en la citada homilía-mensaje expresaba: “Por eso, la primera cualidad moral de vuestra profesión, la más consustancial a ella, la que dignifica en grado sumo vuestra competencia técnica, la constituye el culto de la verdad, presupuesto básico para el mantenimiento de la justicia en el delicadísimo sector de la actividad humana confiado a vuestra fidelidad y responsabilidad”.

7. El Notario: *¿Le Tailleur du Droit?*³⁴

El Notario actúa como un buen sastre que elabora su obra a la medida del cliente, según la voluntad de este, siempre y cuando pueda verter esa voluntad en los moldes que imponen las normas imperativas, tanto reguladoras del fondo como del continente. El Notario como hacedor de formas, consejero, asesor técnico y, sobre todo, baluarte de la aplicación irrestricta de la ley, ejerce su profesión ofreciendo seguridad jurídica a las transacciones que se realizan entre los particulares, sellándolas con la impronta que supone la *fide* pública de la cual es su más genuino detentador.

ciudadanos cubanos que participan en investigaciones o se les realizan diagnósticos asistenciales en las que se accede a datos relativos al individuo y a sus familiares, así como a material biológico a partir del cual puede obtenerse ADN”, a pesar de regular todo lo concerniente al consentimiento informado (artículos 4 al 10), no establece ni tan siquiera de qué forma quedaría expresado dicho consentimiento documentalmente; la Resolución No. 9/1992, de 30 de enero que contiene el “Reglamento sobre manipulación de cadáver y restos óseos”, en su Artículo 39 dispone: “*Podrá solicitar la cremación de un cadáver: a) Todo ciudadano cubano en vida, lo exprese mediante documento escrito y firmado ante y por dos testigos*”, de manera que no se exige la autorización notarial en el documento en el que se interesa la cremación del cadáver. La disposición de órganos, sangre y otros tejidos se exterioriza en Cuba a través del carné de identidad, según lo dispuesto por los artículos 80 y 81 de la Ley de Salud Pública.

34 La frase se atribuye al ministro de la Justicia francés en un congreso de notarios celebrado en Niza, según expresa Vittorio Di Cagno: “El papel social y humano del Notario latino”, en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, No. 11, 2001, p. 21.

La actuación notarial recorre un amplio espectro de la vida social y económica de cualquier nación y cada vez su función adquiere mayor trascendencia, entre otros importantes aspectos, por la seguridad jurídica que ofrece en el tráfico jurídico.

El Notario, arquitecto del instrumento y profesor de las partes que ante él concurren, a la vez que funcionario público, actúa como profesional del Derecho, conocedor *in extremis* de las alambicadas construcciones doctrinales del Derecho privado y como “dador” de fe, al redactar el instrumento público, autentica lo que a su presencia ha acontecido, pues su actuación supone precisamente eso, autenticar manifestaciones de voluntad que ante él se han exteriorizado, que no voluntades auténticas *per se*. Con ello preconstituye la prueba, ofrece certeza al acto o hecho documentado, imprimiéndole seguridad jurídica y veracidad, y todo ello conforme con las solemnidades y formalidades establecidas *ex lege*.

El Notario tiene ante sí la misión de darle forma legal a voluntades, que muchas veces tiene que esculpir, por el desconocimiento mismo que del Derecho tienen quienes concurren ante él en busca de asesoramiento legal.

Con claridad meridiana expresaba Carnelutti en una ya antológica alocución que el Notario era un traductor, en el sentido de saber expresar en el más puro lenguaje jurídico las voluntades de las partes a través de los más precisos conceptos técnicos, con la palabra adecuada, apropiada para cada negocio o acto jurídico.³⁵

Ahora bien ¿en qué está dada esta labor artesana del Notario?

Apunta Vallet con toda razón que “Cuando los otorgantes acuden a nuestros despachos quieren obtener un resultado práctico del cual generalmente no sospechan más que sus líneas generales”, cuantas veces no acuden a nosotros personas que interesan disponer de sus bienes por causa de muerte, pero no saben más que la existencia de la figura del testamento, en tanto desconocen su naturaleza esencialmente previsora y por ello la posibilidad de incluir instituciones como la sustitución vulgar, o una disposición expresa a favor del acrecimiento entre los herederos instituidos alejando con ello la posibilidad de un *ab intestato* en la parte en la que había sido instituido heredero, quien a la postre no quiere o no puede aceptar la herencia, o bien desconoce la existencia de las figuras del legado, el sublegado, o el albaaceazgo, entre otras, en todo caso, bien para evitar un *ab intestato*, distribuir el patrimonio de modo distinto al de la herencia o prever una diligente administración del caudal hereditario, o aquellos que pretenden otorgar varios poderes especiales, sin saber la utilidad del otorgamiento de un poder gene-

35 Vid. F. Carnelutti: “La figura jurídica...”, *cit.*, pp. 17-19.

ral que comprenda incluso facultades de disposición de los bienes, siempre que ello expresamente se haga constar en el instrumento. En todos estos supuestos, como agudamente expone Vallet “hay que sonsacarles la voluntad subconsciente, sobre la que ni siquiera han pensado”.³⁶ Esto está muy vinculado con el deber de asesoramiento institucional que le compete. El Notario debe indagar la voluntad de quien concurra a solicitar sus servicios, siempre que con ello no rompa con el debido respeto a la privacidad ajena.

En Derecho privado prima el método dispositivo de regulación jurídica, por ello el Notario, que es guardián de la seguridad jurídica, debe elaborar un documento público que recoja con la mayor fidelidad posible la verdadera voluntad del compareciente. En este orden mucho daño provoca la existencia de formularios preestablecidos. Dichas proformas no hacen otra cosa que estandarizar la contratación al estilo de las grandes empresas a través de sus condiciones generales. Nada más lejos ello de la quintaesencia de la función notarial. El desempeño de la función notarial por ese profesional del Derecho que el Notario representa, con dignidad y talento, le permite llevar al plano del *dictum* no solo lo que percibe por sus sentidos, actuando *de visu et auditu suis sensibus*, sino lo que narra después de volcar en moldes adecuados esa voluntad que hay que colmar con términos jurídicos u ordinarios más precisos. Los conceptos de cesión, aceptación, liquidación, acciones, prescripción, son ajenos a quienes no profesan el ejercicio del Derecho. Compete al Notario, artífice de la realización del Derecho en estado de normalidad, aplicarlos atinadamente según la voluntad de los comparecientes. Cuando el Notario vuelca al plano instrumental o continental del documento esa declaración de voluntad virgen, la modela, la esculpe, le toma las medidas y la ajusta a la verdadera intención del compareciente. Si alguien quiere disponer de un concreto bien a favor de una persona por causa de muerte, lo más atinado es que le nombre legatario y no heredero, a menos que su clara intención sea instituirlo heredero *ex re certa*.

El Notario no solo instrumenta los actos o negocios reconocidos expresamente en una norma legal. Tiene ante sí la función creadora del Derecho. Es común que quienes concurren ante nosotros lo hagan con desconocimiento absoluto del Derecho, con el claro propósito de darle cobertura legal a un acto que ni tan siquiera viene previsto expresamente en los tantos códigos, leyes y demás disposiciones normativas que constituyen el ordenamiento jurídico de un Estado. Y ahí radica la labor creadora del Derecho por el Notario, quien tiene ante sí la ingente misión de darle forma y contenido legal

36 J. B. Vallet de Goytisolo: “La función notarial de tipo latino”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. C, abril-junio de 1978, p. 191.

a un acto que no contraviene los principios generales del Derecho, fruto de la autonomía de la voluntad y de la libertad del individuo, anticipándose en ocasiones el notariado, a lo que en un futuro reconocen después los legisladores.

En este sentido, en las conclusiones del XXIII Congreso del notariado latino celebrado en Atenas, Grecia, en el otoño del 2001, se afirmó: *“Por regla general, el Notario es el primer jurista que afronta nuevas figuras jurídicas en el sector del Derecho privado en ámbito no contencioso, y responde a la necesidad de reglamentación contractual concreta de las mismas.*

“El Notario, en su intento de comprender el verdadero alcance aplicativo de la ley y sus innovaciones y de coordinarlas con el sistema vigente, llega a menudo a identificar nuevos supuestos. Así, estos son fruto de una interpretación creativa sin la cual las normas, a veces, acabarían por no encontrar un espacio adecuado para ser aplicadas. De cualquier forma, cabe decir que la actividad del Notario en la aplicación de la ley siempre es, en cierta medida, creativa, porque, aun cuando no dé lugar a la aparición de nuevas figuras negociales, siempre está orientada a encontrar el valor real del dictado legislativo, de cuya aplicación es también el primer intérprete, puesto que es el primer responsable”.

En mi experiencia profesional, desde mi despacho notarial he tenido que darle solución a situaciones no previstas por el ordenamiento jurídico, pero no contrarias a él, intentando diseñar un traje adecuado a quien no encuentra en el armario del Derecho el idóneo para encauzar sus pretensiones. En este orden, he autorizado escrituras sobre estipulaciones previsorias sobre la propia incapacidad a pesar de que el ordenamiento jurídico cubano no reconozca expresamente la delación voluntaria de la tutela,³⁷ contrato de

37 En tal caso decidí autorizar una escritura que calificué de *estipulaciones previas sobre la propia incapacidad*, la cual con el transcurso de los años constituyó prueba irrefutable de la voluntad de la compareciente en el sentido de que, si llegado el momento (tal y como aconteció) de que le sobreviniere alguna enfermedad, limitativa o cercenatoria de la plenitud de sus facultades mentales, fuera su hija la nombrada como tutora. En ese orden, llegó a disponer el tribunal de apelación (Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de ciudad de La Habana) en virtud de la Sentencia No. 120, de 30 de septiembre de 2008 (ponente Alfaro Guillén): *“por último [...] reluce el extremo consistente en que en fecha veintisiete de febrero de dos mil dos, manifestó ante Notario público la incapacitada, estipulaciones previsorias de su propia incapacidad, configurativas de su voluntad relativa al modo en que deseaba fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapaz de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituyendo ello prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente y la que con especial atención valora esta Sala, que a diferencia de lo considerado por los juzgadores de primera instancia, advertimos la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo*

uso de nombre e imagen en exclusiva,³⁸ aun cuando no disponemos de un Código Civil que reconozca exhaustivamente cada uno de los derechos inherentes de la personalidad, y tan solo un Artículo 38, con función tuitiva ante su vulneración, o actas de inclusión de herederos indebidamente excluidos en actas de declaración de herederos.³⁹ En todos los casos, la solución técnica del Notario ha sido una respuesta anticipada al ordenamiento jurídico, lo cual demuestra que “la actividad del Notario empieza cuando el negocio todavía es futuro y, dependiendo de la voluntad de las partes, puede aun moldearse, sustituirse o deshacerse en virtud de una actividad específicamente notarial [...]”,⁴⁰ pero siempre a tono con la voluntad de quien ruega nuestros servicios, de modo que la escritura pública autorizada moldee la voluntad contenida en ella.

Con razón se ha dicho que: “Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relacio-

desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad impeditiva sin excepción alguna de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habrá de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que cuente para ello con la posibilidad de tener en cuenta el parecer del tutelado, deviniendo relevante en consecuencia la existencia de referencia directa al respecto como ocurre en el presente caso, en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones equivale a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en nuestro ordenamiento jurídico, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna teniendo en cuenta por último que no se trata de supuesto de disposición de autotutela que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada sino se que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando las careciere [...]”.

38 Negar la intervención notarial hubiera supuesto el no reconocer la existencia de tales derechos inherentes a la personalidad, a pesar de su casi inexistente regulación normativa.

39 Ello ha permitido evitar concurrir ante un tribunal para que por sentencia este disponga su declaración de heredero, con los costes que de toda naturaleza supone para quien ha sido indebidamente excluido del título sucesorio *ab intestato* en el que se instrumenta la delación legal. En todo caso, la declaración de heredero no es sino una aplicación en especie del acta de notoriedad. A fin de cuentas, tanta notoriedad tendrá el llamamiento de quien o quienes, habiendo acreditado el vínculo parental preferente con respecto al causante, prueba (n) su prioridad sucesoria, como la de que estos no son los únicos, en tanto comparten el llamamiento con otros, que posteriormente han demostrado ante el mismo u otro Notario su necesaria inclusión en el mismo llamamiento. Hoy día el acta de inclusión se ha convertido en una útil herramienta para combatir en sede extrajudicial, la conculcación de derechos que la exclusión del llamado supone.

40 Rodríguez Adrados, *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: “La función notarial...”, *cit.*, p. 195.

nes privadas –en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor– tiene el Notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho.

“Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación”.⁴¹

No puede obviarse tampoco que el Notario, como sastre que es, busca las medidas y coloca la pieza construida sobre el torso del cliente, teniendo como altar el Derecho y no solo la norma jurídica escrita, buscando en todo caso el sentido de lo justo, para lo cual ha de estar educado no solo por los conocimientos recibidos en las universidades, sino también por el sentido de la racionalidad y su propia intuición. Como apuntara ese gran maestro del notariado español, Vallet de Goytisolo: “la educación del Notario en el arte de lo justo requiere que nos percatemos de que la visión de lo concreto no ha de nublarnos ni impedirnos ver la perspectiva general [...] es preciso comprender que no podemos limitarnos a esta visión genérica [...] olvidando lo que de concreto tiene nuestra personalidad plena de hombres, que vivimos en un lugar geográfico y en un momento histórico, político y cultural determinado, soslayando así indebidamente los datos especiales y concretos que maticen cada cuestión planteada. La consecución de esta visión, equilibradamente general y específica a la vez, constituye un logro fundamental para educar en el sentido de lo justo, imprescindible para el Notario”,⁴² esencial apuntaría yo, al instrumentar los actos del Derecho privado, en el que lo justo desplaza en ciertas ocasiones a las más elaboradas construcciones técnicas *more geométrico*.

8. El cáliz del notariado y la sociedad del siglo xxi

El Notario es el más genuino símbolo de estos tiempos, de seguridad y certidumbre en las transacciones jurídicas que día a día conciertan miles de individuos. Sin la función notarial no tendría la sociedad la certeza de la

41 José María de Porcioles, *cit. pos* J. B. Vallet de Goytisolo: *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 1150.

42 J. B. Vallet de Goytisolo: “La función del Notario y la seguridad jurídica”, II, *Revista de Derecho Notarial*, XVII, 1976, pp. 207 y ss.

validez de un título, de la legitimación del disponente. La institución notarial, con el apoyo de la función registral, permite la legitimidad del tráfico inmobiliario. En 1966, ante la Asociación de Juristas Europeos, en Lille, el Notario de Avignon, André Laféyre⁴³ pronunció una interesante conferencia en la que expresó que el itinerario del Derecho notarial “no debe ser eclipsado jamás por el brillo de una bella contienda. El Derecho contencioso es el Derecho de los accidentes; no es el Derecho de las creaciones. El Derecho notarial no es el Derecho de gentes enfermas, sino el Derecho de personas saludables”. Precisamente en ello radica la grandeza de la función notarial, en su carácter preventivo. Una sociedad no se mide por el número de litigios que resuelven anualmente los tribunales, ni tan siquiera por la celeridad o calidad técnica con la que se solucione el conflicto, sino por el número de litis que se eviten. Por ello, el número de escrituras públicas ha de ser inversamente proporcional al número de sentencias.

En fin, somos los protagonistas de nuestra época, y por tal motivo, debemos esculpir como orfebres del Derecho, la obra que construimos. Vivimos en sociedades que desafían a cada momento la inteligencia humana, en las que lo virtual se hace real, con lo cual se relativizan incluso las categorías de espacio y tiempo. Para ello, debemos cultivar la confianza en la institución notarial, pero es el notariado el que tiene que predicar con el ejemplo, con el sentido de responsabilidad, imparcialidad, honestidad, calificación y profesionalidad, de modo que sea el crisol de cualquier sociedad. No podemos olvidar que el notariado vive por y para la sociedad. Por ello la sociedad ha de pedirle al notariado que no aparte de sí su cáliz. Es el cáliz en el que todos hemos de abreviar, si queremos garantizar la paz y seguridad jurídica que la sociedad de este siglo XXI, todavía en su alborada, exige.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinales

ABELLA, ADRIANA: *Derecho Notarial, derecho documental-responsabilidad notarial*, Zavalía: Buenos Aires, 2005.

ARISTÓNICO GARCÍA, JOSÉ: “Prólogo” a la *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I, *Legislación Notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.

CARNELUTTI, FRANCISCO: “La figura jurídica del notariado”, en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, Editorial Reus, Madrid, 1954.

43 LAFÉYRE, André, “La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 junio 1966)”, *cfr.* traducido en *R.D.N.*, LXI-LXII, julio-diciembre 1968, pp. 133-152.

- CARRICA, PABLO ALEJANDRO: "La fe pública", en *Revista del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires*, año 105, No. 932, 1999.
- DI CAGNO, VITTORIO: "El papel social y humano del Notario latino", en *Notarius*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, año XI, No. 11, 2001.
- FIGA FAURA, LUIS: "La función social del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, LXXIX, enero-marzo de 1973.
- KRALIK, WINFRIED: "El deber de informar al Notario", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Separata del tomo XXII, volumen II, Madrid, 1981.
- LAFÉYRE, ANDRÉ: "La Europa de los contratos. Realizaciones y posibilidades del notariado (25 de junio de 1966)", traducido en *R.D.N.*, LXI-LXII, julio-diciembre de 1968.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *Estudios de Derecho Notarial*, tomo I, Madrid, 1916.
- ROAN MARTÍNEZ, JOSÉ Y MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: "La formación y selección del Notario", en *Revista de Derecho Notarial*, No. 61-62, julio-diciembre de 1968.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Personas con derecho a copia", en *Estudios Jurídicos IV*, Consejo General del Notariado español, Madrid, 1996.
- _____ : "Fe pública", en *Estudios Jurídicos II*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
- _____ : "Los componentes públicos de la función notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 25, enero-marzo, 1998.
- _____ : "Comentarios al Artículo 1 de la Ley del Notariado", en *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I. *Legislación Notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, MARÍA DEL PILAR: *El ejercicio privado de la fe pública notarial. Examen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2003.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La misión del Notario", en *Revista Internacional del Notariado*, No. 33, enero-marzo, 1957.
- _____ : "La función del Notario y la seguridad jurídica", II, *Revista de Derecho Notarial*, XVII, 1976.
- _____ : "La función notarial de tipo latino", en *Revista de Derecho Notarial*, No. C, abril-junio de 1978.
- _____ : *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- _____ : "Determinación notarial del Derecho", en Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez y Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinadores): *Derecho Notarial*, tomo I. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

II. Fuentes legales

Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley No. 404(1)/2000 de 15 de junio y su Reglamento, Decreto No. 1624/2000 de 22 de septiembre, ambos en <http://www.colegio-escribanos.org.ar/>, consultada el 22 de abril del 2004.

Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 de 20 de junio, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril del 2004.

Código Notarial de Costa Rica, Ley No. 7764/1998 de 17 de abril, preparado por Herman Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, S. A., San José, 1999.

Ley de las Notarías Estatales, Ley No. 50/1984 de 28 de diciembre, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986 y su Reglamento contenido en la Resolución No. 70/1992 de 9 de junio del ministro de Justicia.

Decreto Supremo No. 1404, Ley Notarial del Ecuador, de 26 de octubre de 1966 (modificada y actualizada el 1 de enero de 2007), contenida en *Leyes: Registro y Notarial, Legislación conexas y concordancias*, segunda edición, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.

Ley Orgánica del Notariado español, Ley de 28 de mayo de 1862, *Gaceta de Madrid* del 29 de mayo y su Reglamento, Decreto de 2 de junio de 1944, en base de datos *El Derecho*, Editores, Jurisprudencia y Legislación, Actualización mayo de 2007.

Código del Notariado de Guatemala, Decreto No. 314/1946 de 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003.

Ley del Notariado de Perú, Decreto-Ley No. 26202/1992 de 26 de diciembre, en *Legislación notarial peruana*, segunda edición, corregida y aumentada, Colegio de Notarios de Lima, Lima, 1999.

Ley Notarial de Puerto Rico, Ley No. 75/1987 de 2 de julio, en <http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm>, consultada el 22 de abril de 2004.

Ley del Notariado de la República Dominicana, Ley No. 301/1964 de 18 de junio, en <http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html>, consultada el 22 de abril de 2004.

Código Notarial de la Unión Europea (compilador Juan Francisco Delgado de Miguel), tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005.

Ley No. 41, *Ley de la Salud Pública* de la República de Cuba, de 13 de julio de 1982.

Resolución No. 9/1992 de 30 de enero del Ministerio de Salud Pública, que aprueba y pone en vigor el Reglamento general sobre manipulación de cadáveres y restos humanos, en *Gaceta Oficial de la República*, Extraordinaria Especial No. 2, de 3 de febrero de 1992.

Resolución No. 219/2007 de 8 de junio del ministro de Salud Pública contentiva de las “Normas éticas para la protección de la información genética de ciudadanos cubanos que participan en investigaciones o se les realizan diagnósticos asistenciales en las que se accede a datos relativos al individuo y a sus familiares, así como a material biológico a partir del cual puede obtenerse ADN”, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 29, de 18 de junio de 2008.

Hacia un instrumento público que proteja el interés superior del menor

Lic. Yordanka González Morales

Lic. Lázara Aniurka Moreno Varona

“[...] el verdadero interés del menor solo puede ser delimitado en cada caso concreto en atención a sus circunstancias personales y familiares”.

Introducción

Diversos han sido los pronunciamientos de los juristas en cuanto al reconocimiento de los derechos de los niños y niñas en las disímiles materias que por el progreso y cambios de la sociedad han sido necesario profundizar, lo que ha proliferado en las últimas décadas, a partir de la firma por parte de múltiples gobiernos de normativas jurídicas internacionales basadas en la promoción y garantía del desarrollo de los menores de edad, sujetos que por su minoría requieren de especial protección, de ahí la instrumentación en dichas normativas del principio del Interés Superior del Niño aplicable en todas las ramas del Derecho. Dentro de estas normativas se encuentra la Convención de los Derechos del Niño,¹ de la que Cuba es signataria y por ende ferviente protectora de su aplicación, en todas las esferas en las que intervienen los menores.

Debe tenerse en cuenta que el principio del interés superior del niño se extiende a las esferas patrimonial y no patrimonial cuando se adopten actos dispositivo o que atañen al patrimonio del menor, por lo que se hace necesaria la protección de estos por los riesgos que entraña su falta de capacidad y la necesidad de tomar en cuenta sus intereses y la posibilidad de ser oídos y de valorar sus criterios en la toma de decisiones que conciernen a dichos menores. De ahí que la citada Convención establezca en su Artículo 12, apartado 1 que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo

1 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, la que entrara en vigor el 2 de septiembre de 1990.

procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”. El Artículo 13.1 establece que “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”. El apartado 2 regula que “El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

”a) para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

”b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas”.

Y tal importancia le reviste nuestro país como fiel defensor de los derechos de los niños y niñas, recogiendo en la Constitución vigente, conocida como la Ley de leyes de la República la que estuvo presidida por el profundo anhelo y logro preciado del apóstol José Martí donde se enuncia su frase cumbre: “Yo quiero que la ley primera de nuestra República sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre”; la que fue modificada el 10 de junio de 2002, en el que el pueblo de Cuba, en un proceso plebiscitario popular sin precedentes, puesto de manifiesto tanto en las asambleas extraordinarias de las direcciones nacionales de las organizaciones de masas, ratificó el contenido socialista de esta Constitución, con el fin de garantizar y ampliar el ejercicio de numerosos derechos y libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y extranjeros; en la que igualmente se tuvo en cuenta la expresión de los asuntos que conciernen a los niños y las niñas ya sea desde sus propios derechos, como la igualdad y las obligaciones para con ellos, evidenciándose su aplicación en otras materias del Derecho como el de Familia y en diferentes artículos que se describen a continuación:

Artículo 31. Ni el matrimonio ni su disolución afectan la ciudadanía de los cónyuges o de sus hijos.

Artículo 37. Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.

Está abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación.

No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres en las actas de inscripción de los hijos ni en ningún otro documento que haga referencia a la filiación.

El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad.

Artículo 38. Los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses y en la realización de sus justas aspiraciones; así como el de contribuir activamente a su educación y

formación integral como ciudadanos útiles y preparados para la vida en la sociedad socialista.

Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres.

Artículo 51. Todos tienen derecho a la educación. Este derecho está garantizado por el amplio y gratuito sistema de escuelas, seminternados, internados y becas, en todos los tipos y niveles de enseñanza, y por la gratuidad del material escolar, lo que proporciona a cada niño y joven, cualquiera que sea la situación económica de su familia, la oportunidad de cursar estudios de acuerdo con sus aptitudes, las exigencias sociales y las necesidades del desarrollo económico-social.

La libertad de expresión constituye un derecho inherente a la personalidad de aplicación en cualquiera de las etapas de la vida, por lo que los niños no están exentos del ejercicio de tal derecho, siempre con la guía de sus padres o representantes legales, por encontrarse precisamente en una etapa donde sus conocimientos están limitados al igual que su experiencia, esto no debe ser sinónimo de silencio ni de yacer como momias en el momento en que se desarrollen escenarios en los que desempeñen un papel protagónico, y es misión de los operadores del derecho la de actuar con la debida pericia, demostrando hacia ellos toda la comprensión, explorando su voluntad real, para lo que se requiere que sean escuchados en las audiencias judiciales o extrajudiciales.

Nuestro país, a pesar de ostentar un lugar cimero en la protección de los derechos de las niñas y niños no cuenta con una normativa uniforme que regule tales derechos, por lo que resulta necesario un pronunciamiento legislativo que trate la temática a los fines de contar con una herramienta certera y sobre todo en el ámbito del Derecho notarial, en el que el Notario, funcionario público garante de la seguridad jurídica, que dota de fe todos los actos en los que interviene por razón de su cargo, impregnándole seguridad jurídica a aquellos que realiza, evitando con su actuar litigios y conflictos e interpretando en el momento de la audiencia notarial la voluntad de las partes y adecuando las mismas a las exigencias legales, absteniéndose siempre de actuar en aquellos casos en que se pretenda la autorización de cualquier documento en los que pueda verse perjudicado cualquiera de los sujetos que intervengan en los actos que ante él se ventilen y en especial si se trata de los menores, quienes constituyen el objeto de estudio del presente trabajo.

Desarrollo

La familia en la Roma antigua se constituía sobre la base de la propiedad privada, donde la mujer era un objeto más sin derecho alguno a decidir en el seno familiar, así como existía una diferencia muy grande entre los hijos

legítimos e ilegítimos. En el ámbito legal, la filiación era concebida como la legitimación, que no era más que la forma de adquirir la patria potestad, considerada el acto jurídico en virtud del cual era reconocido un hijo natural, que estaba en correspondencia con el matrimonio, de ahí que existieran dos grupos de hijos, los procreados en matrimonio como legítimos y los nacidos fuera de este como ilegítimos. Se clasificaban en:

Naturales: Eran los procreados durante un concubinato.

Espúreos: Los nacidos de uniones transitorias.

Adulterinos: Los nacidos de una mujer casada con quien no era su marido.

Incestuosos: Los nacidos de uniones prohibidas por la ley a causa de parentesco.

Los hijos ilegítimos no alcanzaban la condición de naturales, teniendo solo el derecho de exigir de sus padres alimentos; este particular aunque se preceptuaba en la legislación no se materializaba ya que la propia ley le daba la facultad al progenitor de negar esa dádiva al hijo. La clasificación de hijo se enmarcaba en la concepción moralista de las clases adineradas, de no aceptar obligaciones que las hicieran desmerecedoras de la opinión pública, protegiendo de esa manera sus intereses clasicistas mediante el ordenamiento jurídico donde se enmarcaba de forma cruel las diferentes clases de hijos y los deberes y derechos que le correspondía a cada cual, constituyendo la Ley del Registro Civil de esa época un fiel reflejo de ello, al exigir en su articulado que entre los particulares que debiera consignarse al practicar una inscripción de nacimiento debía expresarse la legitimidad o legitimidad del inscripto.

En esa etapa los menores solo constituían el reflejo de sus familias. Quienes tenían la dicha de nacer en un seno de poder eran considerados “personas”; sin embargo, aquellos que descendían de familias que no contaban con tales beneficios solo tenían la posibilidad de respirar y sobre ellos era inadmisibles hablar de derechos. Esta situación se corrigió ligeramente durante el devenir histórico en todos los sistemas judiciales, tanto anglosajones como codificados, revelando una característica uniforme en el reconocimiento de los derechos de los niños, lo que ha sido un proceso gradual, ignorándose prácticamente por el derecho en un inicio, protegiéndose solamente muy sucintamente las facultades de los padres para con los menores; siendo los intereses de los niños un asunto privado, excluido de los asuntos públicos; *a posteriori*, se aprecia un incremento de la preocupación por estos y se les reconocen intereses jurídicamente protegidos; por ejemplo, en Gran Bretaña, ello se apreciaba en la aplicación del Derecho de Equidad como alternativa del derecho consuetudinario que solamente consideraba al niño

como un instrumento de sus padres, lo que se asumió también por el Derecho francés, en esta fase del Derecho de la Infancia, son apreciables algunas características distintivas como que el Estado podía asumir en ciertos casos, la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como sucedía con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la corona británica o disposiciones como la del Código Napoleónico que permitía que el tribunal pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio.

En América Latina se plasmó en el Derecho de Familia a partir de la legislación de protección dictada a comienzos del siglo xx; en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el imperio británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia, y en muchos lugares ha sido refrendado por legislaciones posteriores.

Es posible afirmar que El Interés Superior del Niño nos conduce a la plena protección integral y simultánea del desarrollo y la calidad de vida adecuada de los seres humanos en la primera etapa de su existencia, siendo una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, debiendo ponderarse los derechos de los niños de un modo prioritario.

El Artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño establece, en su apartado primero que los Estados partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumben a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

El *interés superior del niño* constituye un principio general del Derecho basado en la toma de medidas concernientes a los niños, en aras de satisfacer sus necesidades materiales, espirituales y, por ende, de índole afectiva para lograr que se desarrollen en un ambiente sano y feliz; donde el Estado también tiene una gran responsabilidad, pues deberá brindar al niño la atención adecuada cuando no lo hagan sus padres u otras personas que tengan esa responsabilidad a su cargo (autores inmediatos de su cumplimiento).

I. Tratamiento del Principio del Interés Superior del Niño en el Derecho comparado

VENEZUELA

En ese país está vigente desde el 1 de abril de 2000 la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, la que fue promulgada el 2 de octubre de 1998. Reafirma lo preceptuado en la Convención de los Derechos

del Niño. En la ley se determinan las bases del desarrollo de su contenido para asegurar a todos los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías por medio de la protección integral que el Estado, la familia y la sociedad deben brindarles, desde el momento de la concepción. Este título le concede a la familia una responsabilidad prioritaria, inmediata e irrenunciable en materia de protección de los menores de 18 años. Regula expresamente los derechos, garantías y deberes de todos los niños y adolescentes de una manera amplia, consagrando los derechos específicos previstos en la Convención, adecuándolos a la realidad nacional y al ordenamiento jurídico. Establece que los niños y adolescentes son *sujetos de derecho*, relacionando los derechos fundamentales vinculados con otras normas legales. También se regula un Sistema de protección del Niño y del adolescente, donde se hace referencia a la estrategia para lograr los objetivos de la ley, las medidas sancionadoras para quienes no garanticen, amenacen o violen dichos derechos y los mecanismos que garantizan los fondos necesarios para brindar protección integral a los niños y adolescentes. Se refiere a todos los aspectos referentes al ejercicio de la patria potestad, el concepto de la familia de origen. Se le concede a las defensorías del niño y el adolescente papel primordial en la solución de los asuntos que tengan conocimiento.

GUATEMALA

Por Decreto del Congreso No. 27 de 15 de julio de 2003 se decretó la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia donde se recogen las garantías fundamentales del niño y los adolescentes.

Establece los derechos humanos entre los que se encuentran, el derecho a la vida, a la igualdad, a la integridad, a la libertad, al goce y ejercicio de sus derechos, a la identidad, a la dignidad, a la familia, a un nivel de vida adecuado, de salud, educación, cultura, deporte y recreación. Establece los deberes de los niños, niñas y adolescentes. También se refiere a la protección que se les debe brindar a los adolescentes trabajadores. Implanta disposiciones especiales contra la amenaza o violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el segundo libro de esta ley, se disponen las disposiciones organizativas para aplicar la ley, que consta de un título único sobre protección integral de los derechos del niño, la niña y el adolescente. Tiene regulada la creación de una Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia, que se responsabiliza de la formulación de la Política de Protección Integral de la niñez y la adolescencia. Se crea la Defensoría de los derechos de la niñez y la adolescencia que tiene como facultades la defensa, protección y divulgación de los derechos de los niños, las niñas y la adolescencia, ante la sociedad, que depende del procurador de los derechos humanos.

COLOMBIA

En Colombia, como en los demás países del mundo, la familia y los adolescentes son protegidos por el Estado de múltiples formas, destacándose en su Constitución el papel preponderante que tiene la familia para el desarrollo de la sociedad y los derechos de cada uno de sus miembros, los niños y adolescentes.

El Artículo 42 de la Constitución expresa que:

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes.

El Código Civil colombiano dentro de los variados temas a que se refiere, después de su título preliminar relacionado con las leyes en general interpretación, objeto, efectos y derogación de ellas, dedica en los títulos X al XVII regulaciones sobre los hijos legítimos, la adopción, la patria potestad, la emancipación, los hijos naturales y obligaciones y derechos entre los padres y los hijos naturales.

En Colombia también existe para la protección de los menores el Código del Menor que tiene el siguiente objeto.

1. Consagra los derechos fundamentales de los niños.
2. Determina los principios rectores del código.
3. Define las situaciones irregulares en que se pueden encontrar los menores, las características de esas situaciones y las conveniencias en la aplicación de estas normas.
4. Determina las medidas de protección que se deben adoptar.
5. Señala la competencia y los procedimientos para determinar las situaciones irregulares y aplicación de las medidas de protección.
6. Establece y reestructura los servicios encargados de protección.

Enfatiza que los derechos consagrados en la Constitución política, en el código y demás disposiciones vigentes serán reconocidos a todos los menores sin discriminación alguna.

A pesar de existir en este país toda esta legislación con relación a los menores, en la práctica no existen las instituciones que la lleven a buen cumplimiento, encontrándose la mayoría desamparados e involucrados en actos de violencia familiar.

ARGENTINA

En Argentina existe el principio de protección al menor regulado genéricamente en la Constitución de la República y algunas otras leyes complementarias como lo es la Convención de los Derechos del Niño que es la Ley 23849, que asegura protección y asistencia del Estado al niño privado de su núcleo familiar y promueve medidas para su reintegración social, aunque en Argentina los fondos destinados a la promoción y prevención son muy escasos,

lo que motiva que el número de menores que son internados en centros especiales aumente paulatinamente.

PUERTO RICO

En Puerto Rico la protección de los menores de edad estaba recogida en el libro primero del Código Civil español para Puerto Rico, lo que se mantuvo inalterable desde 1889 hasta 1984 que el Congreso de Estados Unidos aprobó la ley que establece los parámetros y cómo determinar la cuantía de los alimentos, existiendo un Departamento de Servicios Sociales, que a través de su Secretaria Auxiliar de Sustento a Menores, es la que se encarga de velar por el pago de los alimentos a los menores de edad, aunque en la práctica la mayoría de los padres no cumplan con la obligación de dar alimento.

Existe una Ley Especial de Sustento a Menores que regula todo lo relativo a la cuantía de las pensiones, así como su requerimiento por parte del tribunal de acuerdo con las necesidades de los menores de edad. En la práctica esto no se cumple con el rigor necesario.

SALVADOR

El Artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del Salvador regula el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, de la siguiente forma:

En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

La madre y el padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente. Incumben a la madre y el padre o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de estos y el Estado lo garantizará.

Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes:

- a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos.
- b) La opinión de la niña, niño o adolescente.
- c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

- d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente.
- e) El parecer del padre y la madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso.
- f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

Del examen del contenido de las legislaciones expuestas podemos concluir que estas, aun cuando se pronuncian por tales derechos, su enfoque está dado desde una óptica más subjetiva, pues no enuncian la protección a sus derechos patrimoniales, sin tener en cuenta que muchos de ellos poseen bienes desde su condición de *nasciturus* (concebido pero no nacido) bajo la condición de que nazcan vivos, según aparece preceptuado en el Artículo 25 del Código Civil cubano.

Basados en las experiencias que tienen los citados países latinoamericanos en cuanto a la regulación del aludido principio y reconociendo que la legislación patria en materia constitucional, civil y de familia protege los intereses de los menores; que somos signatarios de la Convención de los Derechos del Niño;² pero tomando como base las legislaciones de los países latinoamericanos que dedican especial atención a dicho principio y tal es así que taxativamente lo regulan aun cuando dedican especial atención a la esfera extra patrimonial, llegamos a la conclusión de que resulta necesario que exista una normativa uniforme que contemple el aludido principio y, por ende, le resulte de gran utilidad a los operadores del Derecho que tengan la misión de aplicarlo tanto desde el ámbito económico como en la tutela de los derechos inherentes a la personalidad de los niños y niñas.

II. De la intervención del fiscal y la aplicabilidad del principio del interés superior del niño en el instrumento público notarial

Teniendo en cuenta que la vida es más rica que el derecho y que en las notarías se personan aquellos que tienen la responsabilidad de tutelar los intereses de los menores (persona menor de 18 años de edad) ya sean sus padres o representantes legales, sucede que muchas veces se emiten jui-

2 Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado.

cios basados en las declaraciones vertidas por las partes que intervienen en la audiencia notarial, las que constituyen la base por la que el Notario rige su declaración revestida de fe pública, creyendo en estas y considerando la buena fe y certeza de las mismas, no siendo siempre posible conocer a profundidad la verdad intrínseca de lo manifestado. Una vez más se evidencia la necesidad de que dispongamos de una legislación que se pronuncie en cuanto a los derechos y deberes de estos sujetos tan sensibles para todos, tanto en el ámbito patrimonial como no patrimonial, pues se ha dejado en manos de funcionarios que son personas susceptibles de excluir al momento de la audiencia algún elemento indispensable a valorar y por ende traiga como consecuencia lesionar sus derechos o posibilidades de crecer en su patrimonio, toda vez que es escaso legislativamente lo que se refiere a este particular en especial.

En la actualidad se autorizan disímiles trámites en los que intervienen menores de edad en nuestras unidades notariales, contando en la mayoría de los casos con la asistencia de sus padres y en menor proporción con la de sus tutores a falta de los primeros, pero ¿qué ocurre cuando uno o ambos padres abandonan de forma definitiva el territorio nacional y aparece la circunstancia que pretende acrecentar el patrimonio de ese hijo que aún se encuentra en la minoría de edad? Antes de dar contestación a las interrogantes enunciadas es necesario conceptualizar los términos patria potestad y representación legal.

Señala De Cossío que la patria potestad es “[...] un poder personalísimo, concedido para el desempeño de una función y que constituye una fuente de facultades que han de ejercitarse, no en interés de su titular sino en beneficio de las personas al mismo sometidas [...] Por ser precisamente personalísimo, no es susceptible de cesión o delegación”.

Forman parte del contenido de la patria potestad un conjunto de derechos-deberes entre los que se encuentran la representación de los hijos en los asuntos en los que por su falta de capacidad no puedan intervenir por sí. Se trata de una manifestación de la llamada representación legal. En este caso, la representación de los padres está legitimada formalmente por la ley y causalmente por la patria potestad. Se trata de una representación universal pues se extiende a todo el ámbito de intereses del incapaz.

La representación legal constituye un remedio adaptado a la situación del menor (o de toda persona que lo necesite) pues la voluntad será declarada por aquel a quien el Derecho ha considerado idóneo por su capacidad de discernir y por su relación con el implicado que impedirá la paralización de la gestión de su patrimonio mientras dure la minoridad, o la nulidad de actos que haya realizado por sí sin estar legitimado por la ley para ello en razón

de su especial situación. Se revela, en consecuencia, como una institución protectora de la minoridad, la ley auténtica, la actuación del representante en defecto de la voluntad habilitadora del representado.

Veamos un caso desde la representación del fiscal en los actos en los que interviene un menor, a lo que se ha pronunciado al respecto la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia emitiendo la Circular 3/12, viéndose la presencia del fiscal desempeñando el rol de la representación en actos en los cuales, de no existir causales de justificación alguna, constituirían una extralimitación en sus funciones y atentaría contra el normal ejercicio de los progenitores de la patria potestad.

A lo que se pronunció nuestra Dirección a la Fiscalía General de la República en escrito remitido sobre la problemática planteada en relación con la representación de los menores de edad en actos jurídicos que se formalizan ante Notario público, cuando uno de los progenitores no se encuentra en el territorio nacional, se emitió por la Dirección de Protección de los Derechos Ciudadanos de dicha institución el dictamen correspondiente que circulamos y concluye:

1. Si no hay intereses contrapuestos entre el hijo y el progenitor no existe posibilidad legal para que el fiscal firme un documento notarial en representación de alguna persona menor de edad sujeta a la patria potestad de sus padres, por lo que debe corregirse esa práctica de los fiscales en los territorios donde todavía lo hacen.
2. La ausencia del territorio nacional, por cualquier motivo, de alguno de los progenitores o de ambos, no puede suplirse con la presencia del fiscal, pues ello viola lo establecido y constituye una intromisión en las potestades, deberes y facultades que el Código de Familia confiere solo a los padres.
3. El fiscal tampoco debe asistir conjuntamente con uno de los progenitores para representar al hijo, pues es erróneo que se necesite de su presencia para completar la capacidad del menor.

Se colige de lo anterior y previo análisis de las consideraciones técnico-jurídicas, que el Código de Familia es muy preciso al regular los derechos y deberes de los padres, inherentes a la patria potestad, que se traducen en: “*representar a sus hijos* en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; *completar su personalidad*³ en aquellos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; y *ejercitar* oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

3 En el caso de la formalización de matrimonio y bajo la excepcionalidad prevista en el párrafo segundo del Artículo 3 del Código de Familia, la propia ley franquea otras posibilidades reguladas en párrafos subsiguientes del artículo mencionado.

Este cuerpo legal dispone además en su Artículo 83 que el ejercicio de la patria potestad *corresponde a ambos padres conjuntamente*, salvando las excepciones allí expuestas.⁴ Este tipo de representación, por tanto, es insustituible e indelegable porque nace de la ley, y, únicamente, en supuestos concretos, como los que preceptúan los artículos 60⁵ y 63⁶ del Código Civil, es que se origina la posibilidad de sustitución; una actuación contraria vulnera el principio de legalidad, que tanto los fiscales como los notarios, están obligados, en el desempeño de sus respectivas funciones, a acatar.

Cuando se trate del *ejercicio de acciones que en derecho correspondan para la defensa de sus intereses o completar su personalidad*, el padre ausente puede comparecer ante el funcionario consular cubano en el país donde se encuentre, el que en sus funciones de Notario, podrá autorizar el instrumento público idóneo para el logro de la pretensión.

Lo previsto en estos artículos es a lo que los notarios se ajustan, cuando se trata de la *representación* de menores de edad, sujetos a patria potestad, *en actos y negocios jurídicos* en que estos tengan interés, a lo dispuesto en el Artículo 83 del citado Código de Familia; quedando abierta la posibilidad en los casos de adjudicación hereditaria, de lo regulado en el Artículo 553 de la LPCALE, que reza: “Cuando por estar interesados menores no representados por sus padres o personas ausentes del territorio nacional, se requiera la intervención judicial para que produzca efectos legales la partición de los bienes hereditarios practicada privadamente, se procederá en la forma que se expresa en los artículos siguientes del propio cuerpo legal”.

Ejemplos semejantes encontramos en el Derecho comparado donde se aprecia que no necesariamente deberán los dos progenitores de manera conjunta representar al menor, así como también regulan la figura del defensor judicial con carácter excepcional. En el Código civil español (Artículo 156) se establece que puede ejercerse la patria potestad conjuntamente o por uno solo de los padres siempre que este que comparece cuente con el consentimiento expreso o tácito del otro. Así también el de Panamá (Artículo 320). En México (Artículo 412) se permite que incluso otros descendientes ejerciten la patria potestad a falta de los padres.

- 4 Artículo 83 del Código de Familia: El ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos padres, conjuntamente. Corresponderá a uno solo de los padres, por fallecimiento del otro o porque se le haya suspendido o privado de su ejercicio.
- 5 Artículo 60 del Código Civil: Siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado corresponde al fiscal la representación de este último.
- 6 Artículo 63 del Código Civil: El representante no puede realizar actos jurídicos en los cuales concurra simultáneamente, en nombre propio y de su representado o de dos o más de las partes.

Por otra parte, “debe entenderse que no procede la designación de defensor judicial cuando la madre no tenga interés opuesto al del hijo para representarle, aunque el padre exista, ya que entonces tal representación se produce en virtud de la patria potestad que subsidiariamente le corresponde”. Obsérvese que incluso siendo subsidiaria la de la madre, se permite el ejercicio individual de la patria potestad.

“Si uno de los progenitores ha muerto o ha dejado de tener la patria potestad o ha sido privado de ella *o está impedido*, la misma será ejercida exclusivamente por el otro”.

En Colombia, “en la filiación matrimonial en el campo extrajudicial la representación del hijo la tienen conjuntamente el padre y la madre *pero uno puede delegar en otro por escrito de manera general o particular. Faltando uno de los padres, el otro continúa con la representación*”.

Pero nos encontramos con una dicotomía cuando aplicamos el Derecho de Familia en sede migratoria, pues lo cierto es que la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería, toda vez que dichos padres fueron declarados emigrantes por abandonar de forma definitiva el territorio nacional por haber transcurrido el término de dos años al que se refiere la ley migratoria, por desertar de las misiones internacionalistas u otras causales reguladas por dicha dirección, homologan la situación de los emigrantes a la de los fallecidos y por ende dichos trámites migratorios se autorizan sin la presencia de ese padre, vulnerándose sus intereses, toda vez que han sido limitados del derecho que tienen sobre sus hijos inherentes a la patria potestad, la que no les ha sido privada, limitada o suspendida por tribunal competente, contando el Notario solamente con la declaración del padre residente en el territorio nacional sin documentación que corrobore dicha salida. En muchos casos se puede demostrar que la ausencia y en la condición que se encuentra ese padre no desencadena un abandono total a su menor hijo, pues mantienen estrecha comunicación, se encarga de su manutención y demás necesidades, razones por las que no debería concedérseles la condición de padres solo para el ejercicio de sus deberes, descuidando los derechos inherentes a la patria potestad, y que de explorar la voluntad de los hijos obtendríamos como resultados que están en desacuerdo con el total ejercicio, de forma unilateral, del padre que ostenta su custodia. Debe tenerse en cuenta que el hecho de tratar de flexibilizar los trámites migratorios con relación a los menores no puede traer como consecuencia que dichos actos vayan en detrimento de lo preceptuado en nuestro vigente Código de Familia, el que regula que la patria potestad deben ejercerla ambos padres de conjunto, análisis que debe ser extendido a las citadas oficinas de la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería, debiéndose tomar otras medidas más ajustadas a derecho.

Todos estos fundamentos, sólidos expuestos en párrafos precedentes, ponen a tono el papel que pudiera desempeñar el fiscal con relación a aquellos actos en los que intervienen los menores, lo que sería con carácter excepcional en estos que el padre ha perdido la condición de disponer sobre la solicitud de pasaporte y viaje de su menor hijo, escritura pública que se presenta ante la Dirección de Identificación, Inmigración y Extranjería, aun habiéndose enunciado en el articulado referido que no es necesaria la intervención del fiscal toda vez que son facultades propias e inherentes a los padres; no siempre ni necesariamente la presencia de menores va a ser sinónimo de intervención del fiscal, solo en aquellos casos en que el Notario requiera algo más que su leal saber y entender, o sea, algún mecanismo de protección pública que por su función no pueda ofrecer, y precisamente por su condición de velador de la legalidad es que lo demandará, viendo en ello solución atinada antes de que pueda el padre que tiene la custodia del menor tomar decisiones de esta tamaña índole sin la concurrencia del otro progenitor o al menos el documento público de su autorización. Debiera valorarse la posibilidad de que el fiscal dictamine de forma favorable o no, a partir de las herramientas investigativas que tiene a su alcance, sobre la autorización de los actos en los que deben existir tales pronunciamientos con relación a los menores; todo ello dado al traste y teniendo en cuenta la situación migratoria desencadenada en nuestro país a partir del año 2013. Debiera dársele un tratamiento especial a aquellos casos en que los menores se encuentran bajo el cuidado y protección de sus abuelos, ya sea porque ambos padres se encuentran viajando por motivo de colaboración o por abandono del territorio nacional u otro tipo de viaje, sin que los mismos puedan pronunciarse con relación a la tutela de sus intereses los que se encuentran invalidados de ejercer algún tipo de función, aunque sabemos que en la práctica actual son los que se están encargando del desarrollo y protección del menor, el cuidado de sus necesidades, enseñanza y salud. También tenemos el caso en que los progenitores que se encuentran en el exterior, no presenten la economía necesaria para autorizar los documentos correspondientes con relación a sus hijos, ni la condición migratoria para personarse ante los funcionarios competentes y se les imposibilita presentarse en el territorio nacional en el término preciso que la ley dispone y en el que igual sus hijos requieren de su presencia para la adquisición de bienes o derechos que pretendan transmitirse a su favor.

Por otra parte, tenemos el pronunciamiento reciente de nuestra Dirección de Notarías al emitir la Circular 4/17, transcribiéndose parte de una sentencia firme dictada por la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, recaída en el proceso ordinario sobre privación de patria potestad establecido por el fiscal contra los padres

de una menor y que tiene por *objeto* la suspensión en el ejercicio de la patria potestad a los demandados sobre su menor hija.

“CONSIDERANDO: Que analizadas como han sido las actuaciones y valorado el material probatorio obrante, prosperar la demanda al quedar demostrado que los demandados MNL y FPG, padres de la menor APP, de X años de edad, han incumplido gravemente con los deberes que con relación a dicha menor les impone el artículo ochenta y cinco del Código de Familia, en tanto al abandonar el territorio nacional de manera definitiva desde el (fecha) con destino a [...], se han convertido en padres ausentes para la menor, con la cual no se comunican, no la visitan con regularidad, no le brindan pensión alimenticia, no se preocupan por su educación y formación, y no la representan en actos legales que lo necesiten en su vida cotidiana, incumpliendo con ello de forma grave sus deberes de padres, estando la menor, desde tal abandono, al abrigo y cuidado de su abuela materna la demandada JKY, hechos que resultaron probados [...].

EL TRIBUNAL ACUERDA EL SIGUIENTE FALLO: declarar CON LUGAR... la demanda establecida por el FISCAL, y en consecuencia se SUSPENDE del ejercicio de la patria potestad sobre su menor hija APP a sus padres los demandados MNL y FPG, quienes podrán instar su modificación o cualquiera de las otras medidas que se establecerán cuando hayan variado las circunstancias que determinaron su adopción. *Se dispone la representación legal y guarda y cuidado de la menor a favor de su abuela materna JKY, fijándose como pensión alimenticia a favor de la menor la suma de [...] por cada padre, pagaderos por mensualidades adelantadas, así como un régimen de comunicación libre [...].*”

Debe tenerse en cuenta que este supuesto encierra el caso en que los menores, sujetos al cuidado de sus abuelos, solo son atendidos por estos pues sus padres abandonaron el territorio nacional y por ende a sus hijos, lo que debió verificarse tras aportar la parte interesada los medios probatorios necesarios para que el órgano jurisdiccional competente emitiera el aludido fallo judicial, quedando fuera de ello los supuestos antes mencionados de los padres que brindan servicio de colaboración o realizan otro tipo de viaje, situaciones que constituyen una realidad que está enfrentando quienes se encuentran a cargo de los menores y que nos toca muy de cerca a los notarios, pues acuden a nuestras unidades para encontrar una solución a dicha problemática.

En la práctica notarial, para las circunstancias en que el menor necesitado de ser representado en entrevistas a embajadas, matrículas escolares y solicitudes de documentos con sus respectivas legalizaciones para surtir efectos en el exterior, se otorga por el Notario escritura pública sobre po-

der especial donde comparecen los padres y asumen uno de los abuelos u otra persona para que ejecute estas funciones con respecto a su hijo, analizando las características del poder, en que es el trámite que el compareciente designa un representante para que ejercite ciertos actos a su nombre rompiendo la barrera de los obstáculos que impiden que ejercite, el mismo, tal cumplimiento, viendo esta solución atinada a las necesidades de los progenitores; pero fuera del alcance del instrumento público de Poder Especial pues entendemos que traspasa las facultades indelegables de la patria potestad. Estas cuestiones en sí, solo deben vincular a los padres que conocen a fondo la verdad y la necesidad de dicha salida con relación a sus hijos. Serían entrevistas incompletas en las que los apoderados acudirían como figuras decorativas, sin mucho que aportar.

Las soluciones más generales y perceptibles en nuestras unidades notariales y que le dan un tratamiento a dicha problemática, son las siguientes:

El padre que se encuentre fuera del territorio nacional debe dar su autorización para el acto traslativo de dominio que se pretenda realizar, siempre teniendo en cuenta que hay casos específicos en los que además se requiere la autorización judicial con pronunciamientos sobre si es útil y necesario para el menor de edad. La permisión que el padre dará, deberá realizarse en escritura de autorización otorgada ante Notario público, la que ha de contener las legalizaciones previas que corresponden para surtir efectos en el territorio nacional; nunca se tratará de otorgar por el funcionario fedante una escritura de poder especial, por la propia naturaleza y consecuencia del trámite que está formalizando, pues daría por resultado delegar facultades propias de la patria potestad; y ciertamente el padre autorizante no está confiriendo o delegando facultades de representación sino consintiendo que se procese un acto determinado.

II.1. El Derecho de participación de los niños y niñas en la audiencia notarial

Entre los actos que se autorizan en nuestras unidades notariales, que poseen una fuerza ejecutiva directa e inmediata a partir de la fecha de su autorización, se encuentran los divorcios en los que se liquida la comunidad matrimonial de bienes con relación a las viviendas adquiridas durante el matrimonio o se fijan las convenciones con relación a los hijos habidos durante el matrimonio. La legislación que toca directamente esta temática para los notarios es el Decreto-Ley 154, el que confirió la especialización y confianza

pública depositada en el Notario para este tipo de asuntos que solo eran de conocimiento del tribunal y puso igual a la administración notarial de los expedientes de divorcio por mutuo acuerdo con o sin hijos, decreto que fue revolucionario por constituir una *ampliación en la autonomía de la voluntad de los progenitores; pero limitó el interés de los menores como sujetos de derecho*. El decreto-ley en su Artículo 9 establece que la escritura notarial que declare el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre los aspectos siguientes:

- a) la disolución del vínculo matrimonial;
- b) la determinación con relación a la conservación de la patria potestad sobre los hijos comunes menores, salvo que existiere fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges;
- c) el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores;
- ch) la determinación de la cuantía de la pensión que corresponda conceder a los hijos comunes menores y al excónyuge, en su caso;
- d) el régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos comunes menores de estos.

El Artículo 10 del aludido cuerpo legal establece: Las modificaciones de las convenciones sobre las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación o pensiones que surjan con posterioridad a la fecha de la escritura de divorcio, se resolverán ante Notario, siempre que no exista contradicción entre los excónyuges.

A pesar de que en dichos artículos se expresa la obligación del funcionario autorizante del Divorcio a pronunciarse con relación a los hijos menores que constituyen el fruto del matrimonio y haciendo una interpretación de la letra de la norma, podemos llegar a la conclusión de que el legislador no concibió en la esfera extrajudicial el pronunciamiento por parte de los notarios con relación a los hijos habidos antes de la unión matrimonial, lo que de cierta manera quebranta el principio constitucionalmente reconocido de la igualdad de derechos de los hijos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio.⁷ Debería hacerse una revisión de la legislación y atemperarla

7 ARTICULO 4. El Notario, al analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos *comunes* menores, régimen de comunicación con estos y pensiones, observará que las mismas no atenten contra:

- a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores;
- b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos,

a dicho precepto constitucional, pues resulta complejo e incompleto el divorcio notarial en este caso, debiendo los padres recurrir a la esfera judicial para obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional con relación a las convenciones de aquellos hijos que no tuvieron la dicha de nacer durante la unión matrimonial formalizada. De ello, que traigamos a colación la propia oportunidad que aporta nuestra legislación en este tipo de casos de divorcio para el asunto en que los cónyuges hayan adquirido un inmueble en propiedad, casa de vivienda, donde se permite que al momento de otorgar el instrumento notarial y partiendo de la voluntad de ambos o uno de ellos que expresara al instante de la solicitud del trámite en la audiencia notarial, de despojarse de su participación en el dicho inmueble a favor de uno o de todos los hijos, circunstancia que provoca que el que fue habido fuera del matrimonio no pueda recibir dicho beneficio aun estando de acuerdo ambos padres toda vez que no existe pronunciamiento alguno sobre su persona aun pudiendo demostrar la filiación con la correspondiente Certificación de Nacimiento violándose el principio de igualdad de los hijos; ya que el Decreto-Ley 154 antes mencionado no regula este particular y decir que también siendo este hijo menor de edad no se puede hacer pronunciamiento sobre la pensión alimenticia a que tiene derecho, lo que llevaría un doble procedimiento, pues para este menor hijo tendrían que promover proceso sumario sobre pensión alimenticia ante el tribunal competente.

Otro aspecto digno de destacar es el de la participación de los menores en la audiencia notarial, pues en ocasiones se adoptan convenciones en las que los padres están “totalmente de acuerdo”, quienes solo persiguen la disolución del vínculo por una vía de mayor celeridad, sin tener que recurrir a pruebas testificales como en la mayoría de los casos acontece, pero distan de la voluntad de sus hijos que por el hecho de encontrarse durante la minoría de edad no son parte del asunto; pero esto no quiere decir que no sientan, anhelan e incluso les afecte una decisión tomada sin haberse explorado sus deseos. En ocasiones, el progenitor que en el futuro pasará a ostentar la guarda y cuidado del menor (generalmente la madre), por cuestiones de orgullo u otros motivos acepta que se fije una pensión alimenticia que en modo alguno contribuirá a la satisfacción de las necesidades básicas de sus hijos y no se percata que se trata de lo que por derecho les corresponde, no fungiendo como verdadero cuidador del patrimonio de sus hijos. Debiera el Notario auxiliarse de personas calificadas como psicólogos, educadores,

c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores;

ch) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores; y

d) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres.

trabajadores sociales y otros profesionales que puedan brindar una información completa de cada asunto que se someta a su consideración, quienes acudirán al instrumento público en calidad de testigos, constituyendo un medio probatorio de gran importancia para obtener un pronunciamiento que verdaderamente responda al interés superior del menor.

En nuestra práctica se le atribuye la guarda y cuidado a la madre por su condición de dar a luz a sus descendientes, pero aún sin darnos cuenta y en pleno siglo XXI, que estamos en ese aspecto en un matriarcado que no siempre cumple con las expectativas de ese menor. Debiera tenerse en cuenta el criterio de los niños y las niñas, tomando como base lo anteriormente expuesto y explorando su voluntad, valorando el uso de este criterio según la edad de estos descendientes a partir de la comunicación con los mismos que puede ser oral, escrita o explotando cuantos recursos existan hasta llegar a la más completa convicción, pudiéndonos auxiliar de igual manera de otros profesionales que ya mencionamos.

Casos especiales también tenemos en los trámites de *autorización para pasaporte y viajar*, en los que consideramos necesario que el menor fuese explorado por el Notario autorizante según las características de su edad con relación a su voluntad de abandonar el territorio nacional gracias al consentimiento de uno solo de sus padres (que reside en nuestro país) al ser despojado de su medio circundante, de su seno familiar y escolar, lo que ocurre por motivo de no existir un ente determinante, legislación aplicable al caso en cuestión, ni funcionario público que defienda esta temática, dejándolo solo en la voluntad del padre, madre o de los padres en su carácter, los que llevan muchos deseos, según sea el caso, de traspasar fronteras sin muchas veces medir las consecuencias de sus actos y la propia opinión de sus hijos.

Conclusiones

- Los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y en especial el del Interés Superior del Niño, objeto del presente trabajo, están reflejados en cada uno de los cuerpos legales promulgados en Cuba para la protección de los menores de edad.
- A pesar de que contamos con legislaciones como el Código de Familia, que constituye uno de los cuerpos legales de mayor relevancia en cuanto a la tutela de los intereses de los menores de edad, debiera promulgarse una normativa única que regule taxativamente el Interés

Superior del Menor, a partir del reconocimiento de los derechos de los niños y las niñas.

- El Decreto-Ley 154 del Divorcio notarial resulta ineficaz con relación a los menores, pues constituye una limitación al interés de los mismos como sujetos de derecho y atenta contra el principio de igualdad de los hijos.
- La ausencia de uno o ambos progenitores del territorio nacional no debe consistir en una doble sanción y limitante para los niños y niñas con relación al ejercicio de sus derechos en sede notarial, ni debiera dar lugar a nuevas prácticas contrarias a lo dispuesto en la norma.
- Es necesario que los menores en el caso que lo precise sean escuchados y escuchados en las audiencias notariales, a los efectos de autorizar instrumentos públicos que respondan al Interés Superior del Menor.

“Los niños necesitan más nuestra presencia que nuestros presentes”.

Bibliografía

Constitución de la República de Colombia. 1991.

Constitución de la República de Argentina.

Constitución de la República de Cuba.

Código de Familia de Cuba. 1975.

Código Civil de Cuba.

Código Civil de Puerto Rico.

Ley Orgánica para la protección del niño y el adolescente de Venezuela.

Ley de Protección integral de la niñez y la adolescencia de Guatemala.

Ley de Protección integral de la niñez y la adolescencia del Salvador.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba.

Decreto-Ley No. 154/94, “Del Divorcio notarial”, de 6 de septiembre.

Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral de Cuba.

Convención sobre los Derechos del Niño. 1989.

Libro de Derecho Romano. Universidad de La Habana.

Circular 3/2012 de la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia.

Circular 4/2017 de la Dirección de Notarías del Ministerio de Justicia.

La actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad

Dra. Aliani Díaz López y MSc. Ana María Pereda Mirabal

Sumario

1. Apuntes introductorios: el Notario y los nuevos paradigmas. 2. Precisiones conceptuales previas y necesarias: 2.1. Apuntes técnico-jurídicos acerca de la persona natural. 2.2. Distinción de las categorías: incapacidad, capacidad restringida, deficiencias, minusvalía y discapacidad. 3. El rol del Notario latino y cubano. 4. La actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad. 5. Conclusiones. 6 Bibliografía

1. Apuntes introductorios: el Notario y los nuevos paradigmas

La visión social sobre la discapacidad con el devenir del tiempo se ha ido transformando; de forma gradual se han abandonado viejos cánones y concepciones acerca de la discapacidad, que la concebían como un producto de actos pecaminosos, un problema médico o anomalías; hoy en día la sociedad ve en la discapacidad una de las tantas manifestaciones que puede presentar la diversidad humana.

El tema de la discapacidad debe y ha sido afrontado en la actualidad a la luz de los derechos humanos, pues es un imperativo que los derechos que se reconocen a los seres humanos se hagan extensivos a todos por igual, sin importar que se trate de personas con discapacidad.

La historia da testimonio del tratamiento que a través de los tiempos recibieron las personas en situación de vulnerabilidad. En general han sido segregadas socialmente y en el campo jurídico se les ha vedado el goce pleno de sus derechos. No obstante, a nivel internacional desde principios del siglo xx se advierte una tendencia a acordar principios universales en la protección de los derechos de las personas para asegurar su ejercicio igualitario.¹

1 *Vid.* E. Jorge Arévalo y Alicia Beatriz Rajmil: “Una Nueva Mirada Jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las persona”, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre

El reclamo de juristas, sociólogos, psicólogos y estudiosos del tema en general, se enfoca en pos de garantizar y asegurar que las personas discapacitadas puedan ejercer los derechos que son inherentes a cualquier ser humano, en aras de que se alcance más que la igualdad formal la material, es decir, de lo que se trata es de que los seres humanos puedan ejercitar por sí, siempre que sea posible, los derechos que jurídicamente regulan los ordenamientos jurídicos, máxime cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de fragilidad, lo cual le garantiza el status de sujetos de derecho.

Los ordenamientos jurídicos y los aplicadores del Derecho han reconocido que los niños, lo ancianos y las personas discapacitadas, son sujetos de derecho y que por ende se hace indispensable reconocer la participación que estos tienen en aquellas cuestiones que les conciernen, la necesidad de respetar su voluntad y garantizarles el ejercicio de sus derechos. Es al Estado, como ente de poder público político, a quien corresponde erigirse como garante de los derechos de estas personas a través de sus instituciones y políticas públicas; el Notario como funcionario público y fedante, tiene la responsabilidad jurídica y moral de garantizar de forma eficaz los derechos de todos.

Desde la función notarial debemos advertir y comprender los grandes cambios que se han operado en el mundo jurídico, especialmente en relación con la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos. Se habla de una nueva mirada jurídica que, reconociendo las diferencias entre los seres humanos, rescata y otorga relevancia a la voluntad de aquellos anteriormente ignorados por el Derecho, como los menores de edad y las personas con discapacidad.²

En la realidad jurídica nacional e internacional corresponde al Notario asesorar, interpretar y adoptar en cada supuesto las estrategias que dentro del marco legal correspondiente garanticen el respeto a la voluntad y derecho de las personas que se encuentran en esta situación de vulnerabilidad, entiéndase aquellas, que por su edad, enfermedad, discapacidad o diferentes circunstancias de la vida, requieren una protección legal complementaria para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las demás personas.

Las realidades de las personas con discapacidad como se ha venido explicando no es ajena para los notarios, quienes en cada una de las situa-

Discapacidad y Derechos Humanos, Comisión 1: Igualdad y capacidad jurídica, Argentina 2010.

2 Emanuele Calo: *Bioética*. "Nuevos derechos y autonomía de la voluntad", Ediciones La Rocca, p. 285.

ciones que se les presentan a diario deben poseer la pericia y sensibilidad necesarias para instrumentar los actos que se les requiera, máxime cuando el solicitante es una persona discapacitada.

El presente trabajo pretende sistematizar la labor notarial con relación a las personas con discapacidad, partiendo de criterios inclusivos que faciliten al sujeto el ejercicio de la autonomía de su voluntad de acuerdo con la real aptitud de discernimiento que este tenga para el acto concreto a otorgar.

2. Precisiones conceptuales previas y necesarias

2.1. Apuntes técnico-jurídicos acerca de la persona natural

Desde la perspectiva jurídica, por persona natural se entiende al ser humano, al hombre en el cual se va a reconocer la capacidad necesaria para ser sujeto de derechos y de obligaciones y, además, se tiene por poseedor de caracteres, cualidades, atributos y condiciones que representan la dignidad humana y que, por tanto, deben ser reconocidos por el Derecho; es, por ende, el ordenamiento jurídico quien reconoce un conjunto de cualidades al hombre; la primordial, entre ellas, es la personalidad por ser el atributo que le permite ser sujeto en las distintas relaciones jurídicas que el Estado reconoce y autoriza en virtud de su poder público político, cualidad que va ostentar la persona por el solo hecho de ser tal.

Cuando la persona natural se ve envuelta en una relación jurídica concreta se dice entonces que ha pasado a ser sujeto de derecho, condición que puede ejercer desde una posición jurídica de poder (siendo titular de un derecho o sujeto activo) o una de deber (titular de un deber u obligación o sujeto pasivo). Es en este punto cuando el panorama se comienza a desdoblar en dos manifestaciones: la capacidad de derecho y la capacidad de hecho.

La capacidad de derecho o capacidad jurídica como también se le denomina permite a su titular el goce y posesión de derechos, es la aptitud que se tiene para ser titular de derechos, entiéndase capacidad jurídica como manifestación concreta de la personalidad aplicada a relaciones jurídicas concretas, como sería el caso de ser propietario, contratar, realizar un testamento, etc. Esta capacidad de goce no puede sufrir limitaciones absolutas y si existiere alguna es de carácter excepcional.

La capacidad de obrar por otro lado ha sido definida como la aptitud que posee la persona para poder realizar de forma eficaz actos jurídicos, siendo por consiguiente la habilidad que se tiene para por sí mismo, sin necesidad

de que intervengan terceras personas, ejercitar los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce en cada individuo. Es importante destacar que la capacidad de hecho o de ejercicio no se expresa por igual en todas las personas, de ahí que se haya determinado que existen quienes la exhiben plenamente, y otros la tienen restringida o simplemente hay quienes carecen de ella en su totalidad.

Como principio, la capacidad de obrar, se supone, es plena en las personas que han alcanzado la mayoría de edad, se han emancipado vía matrimonial y en sentido general en todas aquellas que puedan expresar de forma inequívoca su voluntad, pues es una atribución que requiere de inteligencia y voluntad, cuestiones que no se presentan de la misma manera en todos los seres humanos, de ahí que puedan formalizar toda clase de actos jurídicos.³

En este sentido se debe señalar que existen capacidades especiales o requerimientos del ordenamiento jurídico para cometer actos específicos, o sean requisitos adicionales que le son exigidos a las personas en el ejercicio de determinado derecho y, lógicamente si no se reúnen no es que no se goce de capacidad plena sino que ese acto en particular no podrá ser efectuado por la persona al no reunir la capacidad especial que se necesita, cuestión que no debe ser confundida con las causas limitativas que se imponen a la capacidad de obrar, a las cuales se hará referencia más adelante.

Los individuos que ostentan una posesión parcial de capacidad o capacidad restringida o limitada como también se reconoce, solo tienen permitido realizar de forma válida aquellos actos que le son indispensables en la satisfacción de sus necesidades cotidianas, por lo que si el acto efectuado excediere de las mismas se reputará ineficaz, en este sentido se destaca el supuesto de personas con capacidad progresiva, quienes necesitarían por ende una tutela parcial para aquellos actos en los que necesita que otra persona le asista por no poder desarrollarlo válidamente por sí mismas.

La carencia total de capacidad se verifica como criterio unánime en los menores de edad que no han alcanzado la pubertad y en aquellos mayores de edad que a causa de un impedimento físico o mental se encuentran pri-

3 Existen momentos en los que una persona que posee plena capacidad de obrar no reúne todos los requisitos que se requieren para efectuar válidamente un acto. Sería el caso de un individuo que tiene afectada temporalmente su capacidad por estar bajo los efectos de sustancias anestésicas, alcohólicas o psicotrópicas. Puede darse el caso de personas que no tengan esta capacidad natural pero por no tener declarada su incapacidad judicialmente subsiste en ellas por una presunción que admite prueba en contrario (*iuris tatum*) la plena capacidad.

vados totalmente de discernimiento. Son reconocidas doctrinalmente como causas limitativas de la capacidad de obrar: el sexo, la prodigalidad, la interdicción civil, el concurso, la quiebra, la edad y la enfermedad. Causas que no deben ser confundidas con las prohibiciones que establece la ley, ya que las primeras se relacionan directamente con la condición del individuo, con su situación personal, con su desempeño como ser humano, mientras que las segundas afectan a actos jurídicos concretos, los que determinadas personas se ven impedidas de realizar, aun cuando tienen el ejercicio de su plena capacidad de derecho, porque en ellas concurren circunstancias específicas señaladas o impuestas por el propio ordenamiento jurídico. Las causas limitativas de la capacidad de obrar tienen que estar expresamente reguladas en la ley y en caso de duda para su apreciación siempre debe primar un criterio restrictivo.

2.2. Distinción de las categorías: incapacidad, capacidad restringida, deficiencias, minusvalía y discapacidad.

Siguiendo la línea explicativa expuesta anteriormente resulta evidente que la incapacidad como categoría conceptual tiene que ser analizada desde la propia definición de la capacidad.

Para Cabanellas de Torres la incapacidad civil es la declarada expresamente por la ley o establecida por sentencia judicial y que de manera absoluta o relativa impide ejercer derechos, contraer deberes e intervenir en negocios jurídicos.⁴

A decir de Diez Azconegui: “En lo que se refiere a la incapacidad de las personas jurídicas, esta también se puede clasificar en incapacidad de derecho o de hecho”.⁵

La regla general es por ende la presunción de plena capacidad (presunción *pro capacitate*) siendo la incapacidad la excepción a esta, y al ser una figura que casi de forma absoluta anula la actuación jurídica de las personas naturales, cada uno de sus supuestos debe estar reconocido expresamente por la norma legal para surtir efectos.

4 Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina, 2008, p. 222.

5 María Belén Diez Azconegui: “Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad”. Archivo personal de la MSc. Nileidys Torga Hernández.

A juicio de Castán,⁶ *las incapacidades* son restricciones de la capacidad de obrar, se fundan en circunstancias subjetivas de ciertas personas que obligan a la ley a retardar o suspender por cierto tiempo determinado o indefinido, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto su defecto de capacidad con instituciones o medios supletorios y complementarios. La incapacidad se relaciona directamente con la capacidad natural de la persona, difiere de la incapacitación que opera en los casos donde hay un pronunciamiento judicial que cambia el estado civil general de la persona.

La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad aboga por sustituir este término de incapacidad por el de capacidad restringida, parte del hecho cierto de que existen actos que no pueden ser concluidos válidamente por una persona, por lo que se requiere un pronunciamiento judicial entorno a la restricción de la capacidad, restricción que debe ser determinada sobre la base de un criterio médico forense o pericial.

La restricción a la capacidad ha sido definida por O'Callaghan como “[...] el grado intermedio de la capacidad de obrar; la persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico, pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos”.⁷

En efecto la situación de capacidad restringida marca un periodo intermedio en el cual se presume que el individuo tiene aptitud para gozar de ciertos derechos y obligaciones sin necesidad de ser asistido, pero al unísono se reconoce que en determinados actos jurídicos el sujeto está imposibilitado de actuar por sí mismo, por lo que requiere el auxilio de terceras personas.

No obstante, es válido aclarar que con estricto apego a la doctrina jurídica esta situación reduce las facultades de obrar de una persona, aunque no se considere incapaz, ya que posee una especial condición para actuar en ciertas situaciones, mas en otras se verá impedido de actuar, de ahí que el ámbito de actuación fijado es limitado.

La deficiencia, por su parte, según la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, es todo problema en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida, es resultado inmediato de la afección que sufre la persona, y que trae como consecuencia la discapacidad.⁸

6 Vid. J. Castán Tobeñas: *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, Editorial Reus, Madrid, 1988, p. 507.

7 Xavier O'Callaghan: “La declaración de incapacidad”, en *La Protección Jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, p. 47.

8 Roberto Álvares Sintés: *Medicina general integral*, vol. I, *Salud y medicina*, Editorial de Ciencias Médicas, La Habana, 2008, p. 390.

La deficiencia se caracteriza por pérdidas o anomalías de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Ejemplos: Hemiplejia (Deficiencia músculo-esquelética); Afasia (Deficiencia del lenguaje); representa la exteriorización de un estado patológico y, en principio, refleja perturbaciones al nivel de órgano o estructura corporal y es consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad).⁹

La minusvalía es una consecuencia social, laboral, familiar, etc., que coloca a la persona portadora de deficiencia y/o discapacidad en desventaja respecto a otras de sus mismas características. Dentro de las minusvalías encontramos las de orientación, de independencia física, ocupacional, de integración, entre otras.¹⁰ Estudiosos del tema plantean que la característica fundamental de la minusvalía se evidencia en el contraste que se presenta entre la capacidad de rendimiento de la persona y los intereses, expectativas y posibilidades que posee, o que el entorno de personas que le rodean demanda de él.

Cuando un individuo presenta una deficiencia o discapacidad resultan un grupo de consecuencias socioeconómicas y ambientales que reciben un nombre: minusvalía, que traen como desventaja la imposibilidad de satisfacer expectativas propias de la persona y del entorno que le rodea según los estándares o cánones establecidos, que lógicamente incide en la capacidad de la persona para desempeñar su rol a plenitud dentro del ámbito social en el que se desarrolla.

A criterio de la Organización Mundial de Salud *la discapacidad* es analizada como toda restricción o ausencia de la capacidad, entendida como competencia, a causa de una deficiencia que le impide el desarrollo de alguna actividad que otra persona realizaría normalmente.

La expresión “personas discapacitadas”, hace alusión a aquellas personas que no pueden satisfacer sus necesidades vitales y/o básicas, desde el punto social o personal, de forma parcial o total, porque padece de alguna *deficiencia* en su capacidad física o mental.

Es una consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias de cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones. Ejemplo: Discapacidad de la locomoción a causa de una deficiencia músculo-esquelética (amputación de miembros inferiores).

9 *Ídem*, p. 377.

10 *Vid.* Leonardo B. Pérez Gallardo: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”. Libro: *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. CD homenaje a la Dra. Olga Mesa Castillo.

Este concepto en la práctica es confundido, en no pocas ocasiones, con el de capacidad restringida, mas un análisis detallado de ambas categorías hace evidente que aun cuando no son conceptos extremos no son semejantes ni análogos, pues todo incapacitado judicialmente es un discapacitado pero no a la inversa, es decir, no todo discapacitado requiere necesariamente ser incapaz, pues como es sabido, la incapacidad jurídica y la capacidad restringida requieren una intervención judicial con un pronunciamiento declarativo-constitutivo de la situación existente, lo que no es necesario en los casos de discapacidad, ya que siempre que una persona, aun discapacitada, no esté privada de su sano juicio y de la posibilidad real de querer y entender y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente, no se considera jurídicamente incapaz.

En sentido general la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los factores contextuales, tanto ambientales como personales. Se trata de obstáculos, barreras físicas y actitudes imperantes, que impiden su participación en la sociedad. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo.¹¹

3. El rol del Notario latino y cubano

El Notario latino es un profesional del Derecho y un funcionario público, que dota a los actos de fe pública y en el ámbito de su competencia se convierte en el profesional idóneo para garantizar el respeto a los derechos de toda persona, máxime cuando estas se encuentran en situación de vulnerabilidad, tiene por ello la responsabilidad jurídica y moral de velar por la seguridad y certeza de los actos que involucren sus intereses, por lo que su actuación rebasa los marcos estrictamente jurídicos y se convierte en una función social.

Cada negocio jurídico lleva implícito dentro de sus presupuestos esenciales la capacidad de obra y la libre manifestación de voluntad de sus otorgantes, y cuando el Notario interviene en la formalización de dichos negocios

11 *Vid* E. Jorge Arévalo y Alicia Beatriz Rajmil: "Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las personas", ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Comisión 1: Igualdad y capacidad jurídica, Argentina, 2010.

es al que corresponde garantizar ambas cuestiones. Lo que se traduce que en cualquier sede notarial que se instrumenten tales actos, el Notario es el garante del respeto a aquellos derechos y la participación de la persona de acuerdo con sus reales aptitudes de discernimiento para el caso concreto y a las características del acto a otorgar.

Se parte de que en principio el que comparece al acto notarial debe poseer la capacidad jurídica requerida por ley para el negocio que quiere realizar, y es entonces cuando el Notario partiendo de la presunción *pro capacitate* debe iniciar el proceso de indagación fáctica, lo que significa que corresponde al Notario determinar si el otorgante está en su sano juicio y comprende el alcance de sus actos; en otras palabras, concierne al fedatario verificar la capacidad natural de la persona; comprobación que se ve complementada con la verificación de la no existencia de vicios del consentimiento (error, violencia, dolo, amenaza) que de existir afectarían la validez del negocio. El juicio de capacidad se convierte en un elemento fundamental a la hora de instrumentar el acto, siendo la pericia, el sentido común y la experiencia profesional, las herramientas del fedante para emitirlo.

Si se aterrizan a la actuación notarial las particularidades expuesta supra sobre la capacidad y la discapacidad se puede aludir que el juicio de capacidad en la actuación notarial se centra en la capacidad de obrar, ya que la capacidad de goce o de derecho está presente en todas las personas por el solo hecho de ser tal; que debe el Notario como jurista estar capacitado para conocer y determinar la capacidad que la ley exige para cada acto o negocio jurídico y por último, pero no menos importante, es a este fedatario al que atañe calificar la capacidad de la persona que pretende otorgar el acto.

Resulta atinado apuntar, en este último supuesto, que si existe una declaración judicial de incapacitación las dificultades suelen ser menores, sin desatender es este sentido los controvertidos criterios entorno a las situaciones que puedan suscitarse en las fases del llamado intervalo lúcido; sin embargo, la actividad notarial resulta más fructífera en los supuestos en que no existe tal pronunciamiento judicial, casos en que corresponde al Notario comprobar e indagar sobre la base del Derecho y a su experiencia si es la persona capaz de ejecutar eficazmente el negocio jurídico.

La apreciación de la capacidad debe partir de la identificación de los otorgantes, la que corresponde al Notario. Los mecanismos identificatorios pueden ser varios: mediante documentos, el carné de identidad es el documento identificativo por excelencia; también a través de la intervención testifical se puede identificar a un otorgante indocumentado, sería el caso de los llamados testigos de conocimiento; la identificación puede ser por el conocimiento privado del Notario, quien por ciencia privada puede dar fe de la identidad

de la persona y otra vía puede ser en los negocios jurídicos la identificación por la otra parte contratante, a decir de Jesús Gómez Taboada, quien a su vez refiere lo planteado por Rodríguez Abrado, tratándose de un contrato de compraventa el vendedor podrá identificar al comprador, pero no a la inversa, pues la suplantación del vendedor resultaría relativamente fácil.¹²

En el sistema latino la función notarial lleva implícita la apreciación de la capacidad de las partes, por lo que el Notario se convierte en responsable de esta calificación, es decir, por su función y razón de existencia es el fedatario a quien compete dar fe del contenido de los actos y negocios jurídicos que autoriza, además de que estos estén en plena armonía con la ley; pues la calificación notarial implicará en todos los casos una opinión o juicio, cuestiones que han sido consagradas por la doctrina notarialista de forma permanente.

El juicio de capacidad se erige como una importante presunción para el tráfico jurídico, la aserción del Notario sobre la existencia de la capacidad, o no, determinará por ende si la persona tiene la capacidad suficiente, o no, para desarrollar el acto de forma eficaz. No obstante, estamos en presencia de una presunción *iuris tantum*, pues el juicio notarial admite prueba en contrario, aun cuando en la práctica esta pueda resultar difícil.

4. La actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) consagra en su Artículo 12 que las personas discapacitadas tendrán igual reconocimiento como persona ante la ley, además de pronunciarse en los apartados subsiguientes del propio artículo sobre la responsabilidad de los Estados de proporcionar medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, impedir abusos en relación con lo regulado internacionalmente sobre los derechos humanos, bajo principio de dignidad, no discriminación e igualdad, así como la protección patrimonial de las persona con discapacidad.¹³

12 *Vid.* Jesús Gómez Taboada: “Juicio de Capacidad Notarial. Capacidad de los otorgantes y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial” en Colectivo de Autores: *Derecho Notarial*, t. II. Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 333.

13 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006):

Artículo 12. *Igual reconocimiento como persona ante la ley.*

1. *Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.*

A tono con esta línea de pensamiento de la Convención y partiendo del hecho cierto de que el Notario debe calificar la real aptitud de discernimiento de su requirente para el acto concreto que va a instrumentar, encuadrar en la legislación vigente su conducta, y propiciar la participación de todas las personas en los asuntos de su interés, resulta pertinente afirmar que por la vía notarial se pueden implementar un conjunto de medidas de apoyo que, garantizadas por el Estado, permitan ejercer a la personas en situación de vulnerabilidad su capacidad de obrar evitando en conflictos de intereses y abusos del derecho, medidas que deben ser revisadas vía judicial.

La VIII Jornada Notarial Iberoamericana celebrada en Veracruz, México, en 1998, se pronunció unánimemente por la existencia y el reconocimiento del “*Derecho de Autoprotección*”¹⁴ considerándolo un derecho fundamental que procede del derecho a la libertad y a la dignidad, por lo que exige de las legislaciones de los distintos países que integran el notariado latino, adoptar las medidas necesarias a través de las reformas legislativas correspondientes para su admisión.¹⁵ De esta regulación es partidaria también la Unión

2. [...] reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. [...] adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. [...] asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

14 Expresión que, se afirma, nació en sus deliberaciones. Cfr. Nelly A. Taiana de Brandy y Luis Rogelio Llórens: “El derecho de utoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en *Revista del Notariado*, año XCVI, No. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999, p. 28.

15 Autocuratela. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la categoría Trabajos de delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html>. Consulta: 19 de noviembre de 2009.

Internacional del Notariado Latino a partir de su XXII Congreso, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en el propio año.

Entre estas medidas de apoyo podemos citar:

1. Patrimonio protegido del discapacitado. Supone la creación de un patrimonio, conformado por una masa de bienes que se afecta en razón de solventar las necesidades del discapacitado. Puede crearse por el propio discapacitado cuando estaba en plenas facultades, pero provenir de padres, tutores, de un tercero e incluso de una institución pública. Sería un patrimonio separado. Su constitución debe hacerse en escritura pública ante Notario competente y deben existir registros donde se haga constar qué bienes integran este patrimonio. El beneficiario será el discapacitado y la administración puede corresponder indistintamente al este, a sus padres o tutores, e incluso a un tercero designado en la escritura notarial constitutiva. La supervisión debe ser efectuada por la autoridad competente u el órgano jurisdiccional. Este patrimonio nunca se erigirá como persona jurídica, no estará sujeto al pago de deudas, no es garantía, ni es embargable, sino que es sometido a un régimen especial.
2. Derecho de habitación para la vivienda. No es otra cosa que reconocer un derecho permanente de ocupación en la vivienda que habita el discapacitado, que le garantice ante la muerte del titular del inmueble la permanencia en el hogar.
3. Renta vitalicia. La persona con discapacidad puede concertar un contrato mediante el cual alquila un bien, por ejemplo una vivienda, con el objetivo de garantizar una renta o utilidad de por vida, que le provea su sustento económico.
4. Contrato de alimento. Sería aquel contrato mediante el cual los inquilinos, sin que medie renta, garantizan al discapacitado alimentos. El contrato puede ser concertado con el propio discapacitado o la persona que cuida de ellos (padres o tutores), configurando este último un contrato a favor de tercero.
5. El crédito vitalicio con garantía hipotecaria, comúnmente denominado "hipoteca inversa". Como nueva herramienta de autoprotección permite mantener un nivel adecuado de vida ante una situación de discapacidad. La modalidad hipotecaria que se alude garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago único o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en el

que, a diferencia de los créditos tradicionales con garantía hipotecaria, el plazo de reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido, ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquel o del último beneficiario, conforme se haya pactado. Concretamente estamos frente a una línea de crédito inversa a la habitual, ya que el tomador del crédito recibirá en préstamo una cantidad de dinero (capital), en un desembolso único o en cuotas partes periódicas; este capital más los intereses pactados no será pagado por el tomador del crédito sino por quien resulte obligado a su fallecimiento, y garantizada esta circunstancia con una hipoteca sobre el inmueble de titularidad del tomador. Estamos ante dos negocios jurídicos conexos entre sí pero con particularidades específicas: el principal, un contrato de préstamo (mutuo) con una modalidad de pago diferido en el cual se pacta un plazo incierto de comienzo del reintegro del capital e intereses pactados, denominado “crédito vitalicio” y el accesorio, un contrato que hace nacer el derecho real de hipoteca como garantía del cumplimiento de las obligaciones que nacen del principal.¹⁶

6. Tutela autodesignada. A decir de Crehuet del Amo esta institución se define como “[...] *la designación de un tutor para sí mismo, hecha por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz*”.¹⁷ Badosa Coll la reentiende como “[...] *la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación*”.¹⁸ Rivas Martínez la ha definido como “[...] *la guarda de la persona y bienes deferida por el propio interesado antes de haber incidido en incapacitación; es decir, es la designación de tutor de sí mismo hecha por un individuo en plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz*” y afirma que “[...] *puede también considerarse como la legitimación de una persona para regular el mecanismo protector de su tutela, en contemplación de una eventual incapacitación*”.¹⁹ En esencia estaríamos en presencia de un negocio jurídico unilateral, personalísimo e indelegable que

16 *Vid.* Roberto A. Lucero Eseverri: “Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre Capacidad y Derechos Humanos, ciudad de Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010.

17 Diego María Crehuet del Amo: *La Tutela Fiduciaria*, Editorial Reus, Madrid, 1921. p. 9.

18 Ferrán Badosa Coll: “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II. Editorial Bosch, Barcelona, 1993, p. 903.

19 Juan José Rivas Martínez: “Ponencias presentadas por el notariado español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana”, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998, p. 210.

todos los casos presupone la plena capacidad de obrar del sujeto al momento de su otorgamiento.

7. Poderes preventivos: cuando la persona nombra un apoderado para el momento en ya no posea plena capacidad de obrar. Entre las medidas preventivas esta es una de las más cuestionadas, pues parten esencialmente del hecho de que los poderes tienen una ejecución y aplicación inmediatas, siendo esencialmente revocables y si es para cuando se pierda la capacidad se convertirían en irrevocables; en este sentido autores como Emma del Rosario Hernández Bezanilla y Luis Raúl Hernández Borunda citando a De Amunátegui Rodríguez, afirman que no es posible que el apoderado desempeñe, en nombre del representante, negocios para los que este no tiene capacidad, pero en el supuesto específico de los poderes preventivos cuando el mandante otorga el poder ostenta plena capacidad para poder realizar personalmente el o los negocios representativos objeto del mandato, y la circunstancia de que después pierda su capacidad inicial no debería determinar sin más la extinción del poder.²⁰ Reforzando este criterio otros autores alude la existencia de otras vías de revocación como acto jurídico, sin embargo cierto es que pierde su esencia revocable, además carece de mecanismo de revisión, pues se dejaría al arbitrio de los parientes el cuestionamiento de la labor del apoderado.
8. Disposiciones de voluntad anticipada. Se puede emplear para designar una persona como tutor e incluye aquellos otros pronunciamientos relativos a la eutanasia, disposición de órganos, tratamiento clínico, entre otros.

Aun cuando la legislación civil y notarial cubana no recoge taxativamente ninguno de estos supuestos ni consagra su implementación la necesidad de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad es un reclamo moral y jurídico de los ciudadanos. La aplicación de algunas de estas medidas preventivas en la realidad de nuestro país queda a la práctica judicial, si se hace una interpretación extensiva del Artículo 20 del Código Civil cubano, no obstante la doctrina científica foránea ha demostrado que el Notario latino es un profesional del derecho dotado de fe pública, un funcionario público que imprime a sus actos seguridad y legalidad, que asesora jurídicamente a las personas actuando de manera imparcial, exponiendo en cada caso las deri-

20 *Vid.* Emma del Rosario Hernández Bezanilla y Luis Raúl Hernández Borunda: “Reflexión sobre los poderes preventivos o mandatos de protección”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, ciudad de Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio de 2010.

vaciones legales que se suscitan de los actos o negocios jurídicos, así como los efectos jurídicos que resultan de la declaración de voluntad del sujeto en su patrimonio económico y moral, razones que avalan su competencia para implementar e instrumentar cualquiera de estas medidas preventivas basadas en el derecho de autoprotección que detenta cualquier persona natural.

La labor notarial contribuye a la consolidación de derechos ya reconocidos, en el ejercicio de su actividad el fedatario está en la obligación de observar todos los contextos que se presentan, y de manera específica las necesidades actuales y futuras de las personas que ante ellos concurren. De ahí que resulte pertinente que todos los documentos relacionados con los actos de autoprotección se formalicen por *escritura pública*; pues la intervención notarial confiere al documento autenticidad, matricidad, fecha cierta, *juicio de capacidad* y vocación registral.

5. Conclusiones

1. La discapacidad es una forma más de diversidad humana, que debe ser afrontada sin tabúes ni criterios discriminatorios, es desde el punto de vista jurídico una situación donde el sujeto necesita personas de apoyo que le asistan en aquellos actos que no puede realizar por sí mismo, destacándose en este particular que la capacidad y la discapacidad no son conceptos extremos ni sinónimos, lo cual no significa que todo discapacitado tenga que ser un incapacitado judicialmente.
2. El Notario, haciendo uso de la facultad que la ley le otorga para emitir el juicio de capacidad, debe cumplir un rol primordial en este ámbito, ajustando su actuar cotidiano a los nuevos paradigmas que sobre la discapacidad se han esgrimido. Por lo que le corresponde ser garante en la instrumentación de los actos que le son solicitados, de la plena participación de todas las personas interesadas atendiendo a su aptitud de discernimiento con respecto al acto preciso que va a otorgar. Todo lo cual demanda del Notario una alta responsabilidad en aras de salvaguardar la seguridad jurídica y los derechos de las personas intervinientes.
3. Los actos de autoprotección son totalmente válidos y su objeto comprende disposiciones y estipulaciones relacionadas con el ejercicio de los derechos personalísimos, patrimoniales y extrapatrimoniales. Entre otras, es posible establecer directivas de salud anticipadas, proponer la designación de su propio curador, y previsiones sobre la administración

y disposición de sus bienes, es jurídica y moralmente aconsejable su formalización en escritura pública.

6. Bibliografía

Fuentes doctrinales

- ÁLVARES SINTES, ROBERTO: *Medicina general integral*, vol. I, “Salud y medicina”, Editorial de Ciencias Médicas, La Habana, 2008.
- ARÉVALO, E. JORGE Y ALICIA BEATRIZ RAJMIL: “Una nueva mirada jurídica sobre la igualdad y la capacidad de las persona”, ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Comisión I: Igualdad y Capacidad Jurídica, Argentina 2010.
- “Autocuratela”. Trabajo presentado por la Delegación San Isidro, obtuvo el premio en la categoría Trabajos de delegaciones en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en Tandil, del 7 al 10 de noviembre de 2007. <http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/AutocurTandil07.html>. Consulta: 19 de noviembre de 2009.
- BADOSA COLL, FERRÁN: “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, p. 903.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO: *Diccionario Jurídico Elemental*. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina, 2008.
- CALO, EMANUELE: *Bioética*. “Nuevos derechos y autonomía de la volunta”, Ediciones La Rocca.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, t. III, Editorial Reus, Madrid, 1988.
- CREHUET DEL AMO, DIEGO MARÍA: *La Tutela Fiduciaria*, Editorial Reus, Madrid, 1921.
- DIEZ AZCONEGUI, MARÍA BELÉN: “Cómo está regulada la capacidad y la incapacidad”. Archivo personal de la MSc. Nileidys Torga Hernández.
- GÓMEZ TABOADA, JESÚS: “Juicio de Capacidad Notarial. Capacidad de los otorgantes y vicios del consentimiento: breves consideraciones desde la perspectiva notarial” en Colectivo de Autores: *Derecho Notarial*, t. II. Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, 2007.
- HERNÁNDEZ BEZANILLA, EMMA DEL ROSARIO Y HERNÁNDEZ BORUNDA, LUIS RAÚL: “Reflexión sobre los poderes preventivos o mandatos de protección”, po-

nencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, ciudad de Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio 2010.

LUCERO ESEVERRI, ROBERTO A.: “Acceso al crédito vitalicio por personas con discapacidad”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre Capacidad y Derechos Humanos, Ciudad de Buenos Aires, 10 y 11 de Junio de 2010.

O’CALLAGHAN, XAVIER: “La declaración de incapacidad”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B.: “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*. Libro Homenaje a la Doctora Olga Mesa Castillo, Editorial Rubinzal-Cuzoni, Buenos Aires, 2006.

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ: “Ponencias presentadas por el notariado español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana”, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998.

TAIANA DE BRANDY, NELLY A. Y LUIS ROGELIO LLÓRENS: “El Derecho de Autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión”, en *Revista del Notariado*, año XCVI, No. 857, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Buenos Aires, 1999.

Fuentes legales

“Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 2, Madrid, España, abril-junio de 2008, ISSN 0210-851.

Ley No. 59/1987, de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República, edición extraordinaria, año LXXXV, No. 9, p. 39, La Habana, 15 de octubre de 1987.

La causa final del negocio jurídico en la función notarial

Pedro Luis Landestoy Mendez
Notario de La Habana

El Notario es generalmente visto como un profesional de las formas, como un garante de la seguridad jurídica. Esto puede crear una falsa tesis de que la función y, más aún, el documento notarial favorece la abstracción sobre la causalidad en el negocio.

A esta concepción favorecen dos ideas fundamentales: la primera, de corte histórico, y la segunda sobre la base del Derecho comparado. La primera nos hace ver que a medida que fue avanzando la ciencia del Derecho se fue abriendo cauce la autonomía privada, la cual fue de a poco rompiendo las ataduras de un sistema de tipificación solemne donde los únicos negocios posibles eran los ajustados a un tipo preconcebido, este avance fue creando un abandono de las solemnidades formales en pos de una valoración de la causa del negocio.¹ La segunda nos muestra que los ordenamientos que admiten la abstracción negocial limitan esta a negocios solemnes “sustituyendo” la causa por la forma.² Estas realidades pueden llevar a una asimilación silogística donde causa sea a libertad de forma, lo que abstracción sea a solemnidad formal.

- 1 En este sentido resulta paradigmática la frase de Flume cuando sostiene que “[...] es conveniente, para la comprensión del Derecho vigente, saber que la evolución histórica desde el *numerus clausus* de los tipos de contratos obligatorios, como lo conoció el Derecho romano, hasta la libertad contractual en el Derecho de obligaciones vigente es la historia del problema de la causa”, en *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*, t. II, traducido por José María Miguel González y Esther Gómez Calle, cuarta edición no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 201.
- 2 *Cfr.* Artículos 780 y 781 del BGB y el Artículo 17 del Código suizo de las obligaciones. Un sistema digno de análisis en este punto es el Derecho inglés, este clasifica a los contratos en dos grupos: *contract under seal* y *simple contract*. El primer grupo se trata de contratos solemnes, deben realizarse por un acto denominado *deed*. Este acto, que toma inspiración en la *stipulatio* romana, es obligatorio por el solo hecho de su redacción, sin atender a la causa por lo cual se considera un negocio abstracto. Por su parte, los *simple contract*, no se hayan sometidos a ninguna formalidad, pueden hacerse verbalmente o por escrito, pero en tanto es válido solo si se fundamenta en una *valuable consideration*. *Vid per omnia*. Guido Alpa: *Causa e consideration*, Cedam, Padova, 1984, *passim*.

Mas, este juicio del Notario latino y del documento notarial como aliados de la abstracción y enemigos de la causa, no hace más que falsear el verdadero contenido de la función notarial.

Es cierto que el Notario es un documentador de negocios jurídicos, pero no es solo eso, también es cierto que constituye un férreo garante de la seguridad jurídica pero siendo esta concebida como la realización plena del negocio y no como divorcio entre realidad y apariencia. Siendo así, se hace urgente un análisis de cómo el Notario latino valora y pondera a la causa en el negocio jurídico que instrumenta.

Siguiendo a Vallet,³ la labor del Notario en el negocio jurídico ocurre tanto en el *actum* como en el *dictum*.⁴ Así, según el autor, su introducción en el *actum* le confiere una doble y principal función: de *respondere* y de *cavere*, mientras que en el *dictum* estas funciones se amplían a interpretar, calificar, redactar y autenticar. Veamos pues el rol de la valoración de la causa final del negocio en estas funciones.

1. La causa final del negocio y la función previa de *respondere*

“En el *actum* –continuamos con Vallet– tenemos (los notarios) una función de consejo, de adecuación de lo empírico a lo jurídico –a través de los cauces posibles–, de previsión, de aproximación mediadora, en la que debe guiarnos un ponderado criterio de equidad”.⁵

De ahí se deriva la primera función del Notario: la función previa de *respondere*. La función de *respondere* se identifica con el deber de asesoramiento que el Notario realiza, deber que además de ser inherente a su función le viene impuesto por la ley (*Cfr.* Artículo 10, inciso II) de la Ley de las Notarías Estatales).

Mucho se ha escrito, no sin un aire romántico, de esta labor asesora del Notario. Se ha dicho que es pedagogo de los usuarios que vienen a él en busca de su consejo, el confesor que escucha las intenciones de las personas para luego darle el cauce por donde debe dirigir sus pasos.

Pero la labor de asesorar es fundamentalmente técnica. Al Notario se va en busca de consejo porque es un profesional del Derecho calificado y

3 Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: “La función notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXXI, No. CXXIV, abril-junio, 1984, p. 314.

4 Categorías fijadas por Rafael Núñez Lagos: *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pp. 50-51.

5 Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: *Ob. cit.*, p. 314.

especializado en su rama privada y por lo tanto como conocedor puede desde su sapiencia brindar las soluciones más apropiadas para lo que buscan los usuarios. Así lo entiende también Cáceres García,⁶ quien explica este deber de asesoramiento en “el interés del Estado por la conservación del orden jurídico” y fundamenta este interés en que “no basta el conocimiento de las leyes (que se presume), sino que necesitamos recurrir para su interpretación a la ciencia del derecho, donde se encuentran los elementos técnicos”.

Es así, que no me parece errado decir que la labor notarial de asesoramiento en sede negocial será ayudar a alumbrar la causa final del negocio. O sea configurarles a los agentes el tipo negocial genérico apropiado para guiar al negocio concreto que los llevará a satisfacer sus intereses.

¿Cómo se manifiesta esto?

Pues bien, puede que los agentes vengan ante el Notario concibiendo solamente la causa impulsiva del negocio, o sea, con los móviles o motivos, sean individuales o consentidos, que quieren alcanzar. En este caso los agentes acuden al Notario para que este les asesore sobre qué negocio hacer.

El Notario en esta fase, o al menos en la primera parte de esta, no pondrá un negocio concreto sino que valorará las causas finales que sean más afines a la causa impulsiva de los agentes y les hablará desde este campo finalístico, recuérdese que el fin del negocio es realizarse a plenitud y solo mediatamente alcanzar el propósito empírico de los agentes. Ilustremos un poco: dos personas llegan a una notaría con la intención de transmitirle el dominio de su vivienda a la otra sin más idea; el Notario lo primero que les muestra es la multiplicidad de causas finales (tipos negociales genéricos) que pueden servir para configurar un negocio que les permita alcanzar ese objetivo. Así, le dirá, esa transmisión puede hacerse a cambio de otra prestación hecha por el adquirente, sea esta dar algo a cambio o hacer o abstenerse de hacer algo, o bien puede hacerlo sin recibir nada a cambio, o puede hacerse a fin de extinguir una deuda previa, o bien como una liberalidad para después de la muerte del actual propietario. Solo tras ayudar a alumbrar la causa final los agentes podrán querer (manifestar la voluntad) de negociar y entonces el Notario ya asesora sobre los pormenores negociales a fin de configurar un negocio concreto según los dictados de la causa final elegida.

Puede ser también que las personas no solo tengan concebida la causa impulsiva sino que tengan previstas varias opciones de causas finales sin decidirse por una. Por ejemplo, una madre quiere transmitir su vivienda a su hija pero duda si hacerlo a través de una donación o por vía de herencia, aquí ella

6 Manuel Cáceres García: *Las funciones judicial y notarial, su delimitación y la actuación notarial. Proceso y relación jurídica notariales*, Editorial El Libro, Oviedo, s. f., pp. 89 y ss.

ya concibe a la liberalidad como causa final solo que no tiene claro si desea una causa *donandi* o unir esa liberalidad a una causa *mortis*. Cuál es aquí la función asesora del Notario, pues explicar en qué consisten ambas causas finales, sobre todo cuáles son los efectos que una causa u otra configuran para el negocio concreto que guía. Así, con esta explicación el Notario ayuda a que la voluntad de su cliente se vea atraída más por una causa final que por otra (es el explicado efecto de la causa final sobre la causa eficiente).

Por último, puede suceder que las personas vengan ante Notario con la causa final determinada, sabiendo exactamente qué negocio quieren configurar a partir de ese fin (arquetipo negocial) que tienen concebido con antelación. ¿Es necesaria la función de *respondere* en esta situación? Pues sí y también vinculada con la causa final. Aquí es deber del Notario, aunque no se le solicite, explicar en qué consiste esa causa final elegida, qué consecuencias trae un negocio que se configura con esa causa final, y también causas finales alternativas. Tras ese asesoramiento, los agentes negociantes podrán bien cuestionarse la causa elegida, bien desecharla o bien reafirmar su elección. Es a lo que Vallet se refiere cuando sostiene que “al acudir al Notario para otorgar un negocio jurídico –incluso para formalizar alguno ya previamente concertado o consumado privadamente de palabra o por escrito–, suele consultársele acerca del propio negocio o de sus particularidades y respecto de las cláusulas que sea preciso incluir en él, o de algunas de ellas específicamente. Pero, aunque nada le pregunten quienes soliciten su intervención, cabrá que el Notario se haga y deba hacerse a sí mismo algunas preguntas acerca de cuál debe ser la conveniencia de la realización negocial propuesta y de su más adecuada configuración jurídica”.⁷

Como puede verse, el problema de la causa final es eje esencial del asesoramiento notarial en sede negocial, y es lógico, si como hemos sostenido, el negocio jurídico no se comprende si no es a la luz de su causa, entonces la explicación, el asesoramiento, el consejo del Notario a sus clientes no podrá ser otra cosa que explicar la causa final del negocio, concebida como tipo negocial genérico, o sea, como la elaboración abstracta, como la síntesis lógico-jurídica de la estructura y efectos de un tipo negocial.

2. La causa final del negocio y la función de *cavere*

El análisis finalístico del negocio por parte del Notario será pieza clave en el ejercicio de la función de *cavere*. Aquí no podemos decir que toda la

⁷ Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación del Derecho*, t. II, “Parte Sistemática”, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, p. 1104.

función se centra en la causa final pero sí que esta es parte inseparable de un correcto ejercicio de ella.

Cáceres García⁸ a quien debemos uno de los más amplios estudios de la función de *cavere*, comienza con un análisis semántico, o mejor, lingüístico de la palabra, significando que se correspondería con el término “prever” o bien “precaer”, asociando al primer vocablo con el conocimiento de un posible daño o perjuicio y el segundo con su previsión, o sea, lo dirigido a evitarlo, distinguiendo además la previsión preventiva y la previsión reparadora.

Así señaló que “el Estado acude en ayuda de los particulares, en el ejercicio de sus funciones de tutela y protección, mediante dos instituciones fundamentalmente: el Notario, para facilitarles el cumplimiento voluntario del derecho en la normalidad y sin contienda, y la judicatura para imponer el cumplimiento forzoso del derecho en la anormalidad”.⁹ Concluyendo que por medio de la función de *cavere*, el Notario trata de encauzar y dirigir dentro de la legalidad el “desenvolvimiento, desarrollo y exteriorización” del Derecho privado, “en forma auténtica, en la normalidad y sin contienda”.¹⁰

Todo esto nos permite ver que si la función de *respondere* consiste en ayudar por parte del Notario a los agentes a alumbrar la voluntad negocial a partir del conocimiento de la causa final, la función de *cavere* es, una vez alumbrado, analizar a la luz del Derecho los distintos elementos que componen al negocio a fin de, no solamente evitar la creación de un negocio viciado, sino también de crear un negocio perfecto que se realizará a plenitud de conformidad con los dictados de su causa final.

¿Qué esquema nos es válido seguir a los notarios para este importante análisis del negocio? Me atrevo a proponer el diseñado por Vallet que parte de distinguir en el negocio la situación jurídica inicial y la situación jurídica final:

1. Respecto de la situación jurídica inicial debe analizar sus elementos y observar si corresponden de hecho a la realidad y de derecho a la legalidad. Por lo tanto ha de asegurarse acerca de todo lo siguiente:

- La identidad del sujeto y las concretas circunstancias del mismo; su capacidad y legitimación para lo que trata de efectuar; y, si no actúa en nombre propio, de la realidad y legalidad de la representación que dice ostentar, así como de aquellos complementos que le sean necesarios en su caso de ser exigidos para la realización del negocio.

8 Manuel Cáceres García: *Las funciones... cit.*, pp. 182 y ss.

9 *Ibidem*, pp. 200 y ss.

10 *Ibidem*, pp. 203 y ss.

- La realidad física del objeto y la verdad de su aparente situación, en cuanto sea apreciable.

- La titularidad jurídica del sujeto respecto del objeto y cual sea la situación jurídica que afecte a esta titularidad (condiciones, cargas, gravámenes y limitaciones que la afecten), que son determinantes de la legitimación del sujeto para aquello que pretende realizar.

2. Y, en cuanto a la situación jurídica final, la posibilidad y licitud de llegar a ella, partiendo de los presupuestos de la situación jurídica inicial examinada y realizando el negocio jurídico que se trata de formalizar. En este aspecto el Notario debe examinar y valorar si existe:

- Voluntad suficiente, seria, consciente y decidida; y, en caso de ser el negocio bilateral o multilateral, si existe concordancia, o no, de todas las voluntades concurrentes.

- Causa verdadera y lícita, sin fraude ni vicio que pueda originar su anulabilidad o su rescindibilidad por lesión.¹¹

Notamos en el último acápite de este esquema el análisis causal del negocio. En efecto, un análisis y un control de la legalidad por parte del Notario no deberá centrarse exclusivamente en el consentimiento, en las prestaciones o en el clausulado del negocio, deberá irremediablemente acudir a la causa.

Indagar sobre la causa final del negocio es un contenido insoslayable de esta función, pues este elemento esencial nos da la respuesta a múltiples interrogantes, no solo del negocio jurídico sino también de la relación negocial. No olvidemos que la concepción causal que venimos defendiendo, de considerarla como tipo negocial genérico sobre el que se construye el negocio, le da a la causa final una naturaleza esencialmente programática que la convierte en manual para entender la vida del negocio y la relación negocial.

Es así que el Notario en este análisis deberá, primero, aunque eso es el objetivo de la ya analizada función de *respondere*, determinar cuál es la auténtica causa final que mueve a los agentes, cuál es el arquetipo negocial al que pretenden llegar. Una vez determinada, la función de *cavere* en cuanto a la causa se realizará partiendo del método comparativo al comparar la causa final, tipo negocial genérico, con el negocio concreto que quiere instrumentalizarse. El Notario podrá determinar que si son acordes, el negocio

11 Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación...* II, *cit.*, p. 1106.

es cierto, sino estamos ante un negocio simulado; así también, al comparar la causa final con la ley, la costumbre social imperante y el orden público se determinará que si son conformes, entonces el negocio es lícito, de lo contrario estamos ante un negocio o bien ilegal, o bien inmoral, o bien prohibido.

Pero no basta este análisis, una vez que el Notario tenga la certeza de estar ante un negocio cierto y lícito deberá aplicar a las llamadas normas causales positivas, que favorecen e, incluso, fomentan el cumplimiento adecuado de los efectos causales, que son los del negocio, derivados de la causa final y que son los que llevan a este a su plena realización formal, que es decir al cumplimiento de su causa final.

Es importante que el Notario sea consciente que no es suficiente una causa negocial no viciada, sino que esta ha de realizarse plenamente, pues su frustración es tan dañina para el negocio y para los agentes como los vicios. Es precisamente a prevenir esa frustración a lo que se dirigen las normas causales positivas.

3. La causa final del negocio y la interpretación notarial

Interpretar es dar a las cosas, en este caso al negocio jurídico, el sentido que se desprende de su naturaleza y su finalidad, las cuales encontramos en la causa final.¹² No en balde la cuarta acepción de la voz causa en el diccionario de la Lengua española es “Atribuir una acción a determinado fin o causa”.¹³ Ahora ahondaremos en ese tópico en su matiz notarial.

La interpretación notarial del negocio tiene sus particularidades. Enfocada como casi todas las instituciones del Derecho a su cariz judicial, la

12 Si bien la relación entre causa y finalidad la vemos muy clara y nítida, cualquier lector podría cuestionarse su relación con el término “naturaleza” pues, aunque sostenemos como un axioma que la naturaleza se desprende de la causa final no lo hemos demostrado aún.

Vallet de Goytisolo define el fenómeno con la maestría que lo caracteriza: “La naturaleza de las cosas y la de cada cosa en particular conlleva una *estructura ontológica* –que constituye su causa formal– con su *fundamento óntico*, y por ende vital en constante devenir, su propia *teleología* y su *axiología*”. *Metodología de la determinación del Derecho*, t. II, “Parte Sistemática”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996, p. 187)

Partiendo de esta definición realicemos el silogismo; si la naturaleza del negocio es la manifestación, su causa formal, si la causa final determina a la causa formal al ser su realización plena, entonces la naturaleza del negocio se determina a partir de su causa final.

13 *Cit. pos* Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: *Metodología de la determinación...* II, *cit.*, p. 463.

interpretación casi siempre se aborda a partir de un negocio concluido y, generalmente, sobre el que no hay acuerdo en su aplicación o significado. Por el contrario, el Notario ha de interpretar el negocio cuando este aún no ha nacido, ha de interpretar el proyecto de negocio que tienen concebidas las partes, o por lo menos el negocio concluido pero que no ha adquirido su forma definitiva, sea esta constitutiva o simplemente agregada.

Es por eso que la interpretación notarial podríamos catalogarla como apriorística, ya que será un ejercicio hermenéutico necesario previo a la confección o redacción notarial del negocio. Según Vallet "(l)a (función) de *interpretación* y *traducción* que comienza por el *alumbramiento más lúcido* de la voluntad de los otorgantes, a fin de completarla y dejarla esclarecida. Muchas veces hay que sonsacarles su voluntad subconsciente, sobre la que ni siquiera han pensado; en otras advertirles de lo que ni siquiera subconscientemente han sospechado".¹⁴

Mas, esta frase del maestro catalán se perfila dentro de la posición voluntarista de la interpretación que él mismo critica en parte de su obra. La función interpretativa del Notario no irá tanto a la voluntad de las partes como a su contenido y más específicamente a la causa sobre la que se pronuncian, y la razón es muy simple, está en el fin con que interpreta el Notario.

La interpretación notarial la estamos estudiando dentro de las funciones que el fedatario realiza en el ámbito del *dictum*, de hecho la estudiamos como la primera de las funciones en este ámbito. Núñez Lagos señala que "(a) la adecuación del hecho –*actum*– con su narración documental –*dictum*– se le llama verdad [...] El *dictum* siempre representa al *actum*".¹⁵

O sea que el *dictum* es una función en relación con el *actum*, incorporar al Notario en su formulación es agregarle, con el *dictum*, al *actum* dos notas de suma importancia: certeza y perdurabilidad; así si bien "(e)sta representación, corrientemente es reversible; puede prescindirse del *dictum* para atenerse al *actum*. *Dictum* y *actum* son dos hechos –representante y representado– intercambiables. Cuando la Ley impide este intercambio, cuando el *dictum* es irreversible, estamos en presencia de la fe pública".¹⁶ Es así que la interpretación notarial ha de ser la interpretación del *actum* buscando en él las características esenciales que lo definen y configuran a fin de que su plasmación documental sea cierta y, por cierta, perdurable.

Por eso, si como vimos la actuación notarial en el *actum* va a ser una labor eminentemente causal, así vemos cómo la interpretación notarial va

14 Juan Berchmans Vallet de Goytisoló: "La función...", *cit.*, p. 320.

15 Rafael Núñez Lagos: *Hechos...*, *cit.*, p. 50.

16 *Ibidem*, p. 51.

centrada en la causa final. Si el objetivo del Notario es entender con claridad el negocio que pretenden instrumentar las partes, ha de centrar su análisis en el elemento configurador, en lo que se persigue con el negocio. Volvemos a la relación causa final-causa formal, el *dictum* busca fijar la causa formal del negocio y entiéndase esta como lo ha sido no como la forma documental sino como la configuración negocial, como el negocio tal cual es. Siendo así habrá que ir a indagar en su referente y ese referente es la causa final, definida esta como la realización plena de la causa formal.

Para que el documento notarial, representación del *dictum*, otorgue al *actum* la certeza y perdurabilidad a que está llamado es necesaria una comprensión real y abarcadora del *actum*, lo que significa que el negocio ha de documentarse en vistas a la realización plena de su causa formal; es decir, al cumplimiento de su causa final. La tarea del Notario en esta primera parte es desentrañar y entender esa causa final, determinar cuál es la configuración que le sugiere al negocio para alcanzar los efectos que ella también diseña.

4. La causa final del negocio y la calificación notarial

En esta función queremos, antes de comenzar, acotar el término calificación notarial pues puede ser desde un megaconcepto hasta uno muy reducido.

El Notario en su función da muchos juicios de calificación, de hecho su actividad se rige por un principio denominado precisamente de calificación. El Notario califica la autenticidad y exactitud de los títulos y demás documentos que se le presentan para la confección del instrumento, además de la suficiencia de la representación y la legalidad del acto. A esta amplia función no es a la que nos referimos.

Aquí estamos hablando de uno de los juicios de calificación que el Notario emite en la fase del *dictum*: la clasificación del negocio que va a instrumentar, esa calificación tampoco puede reducirse al mero hecho de darle un *nomen iuris* al instrumento, lo cual no es el reflejo final de todo el proceso de calificación al que nos referimos.

Cierto es que el reglamento notarial cubano (Cfr. artículos 40 y 41) parece centrarse en esta labor nominativa, pero lo cierto es que para llegar a ese punto culminante antes se requiere todo un análisis causal del negocio, lo cual se desprende principalmente del dictado del segundo artículo citado referido a los negocios innominados: “*Si no fuere posible titular el documento*

notarial con un nombre conocido en derecho, el Notario consignará el que más se ajuste a los derechos y obligaciones que estipulan los interesados y demás circunstancias jurídicamente relevantes que declaren”.

Calificar el negocio es el paso intermedio entre la interpretación y la redacción, aun cuando pudiese considerarse como la fase final de la primera. Ya vimos cómo la labor hermenéutica del Notario consiste en develar cuál es la causa final del negocio y que exigencias esta impone para su redacción. Calificar será la primera función que el Notario hará en vistas a los resultados de su interpretación. En este sentido, la calificación notarial del negocio será como fijar las conclusiones obtenidas en la interpretación, determinar qué nombre se le dará al instrumento que no es tarea fútil, pues a ese *nomen* le corresponde todo un régimen jurídico. La calificación notarial puede ser comparada con el proceso de tipificación; el negocio precede a esa calificación pero esta lo enmarca, lo define como ente particular, digamos que no le aporta nada nuevo sino que da certeza de lo que ya existe.

Es claro entonces traslucir el rol que desempeña en esta labor, en este juicio notarial, la causa final del negocio instrumentalizado. El juicio de calificación no es otra cosa que dar o fijarle al negocio un régimen jurídico, el cual le será dado conforme a su causa final, al arquetipo que lo guía. Calificar también es una función notarial vinculada con la causa final y en la cual el Notario atenderá a este elemento prevalentemente. El negocio se califica partiendo de su causa final, pues es en esta en la que encontramos los parámetros de la regla negocial.

5. La causa final del negocio y la redacción notarial

Llegamos al punto central de la cuestión. La causa final se valora en el asesoramiento, se controla o analiza en la función de *cavere* y que sirve de pauta en la interpretación y calificación notarial del negocio, digamos que es algo pacífico, no crea grandes conflictos doctrinales. Cosa distinta es la importancia de la mención de la causa en el instrumento notarial, lo cual es tema conflictivo a tal punto de ser resuelto por la jurisprudencia del más alto foro español.

La sentencia número 1394/2007 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, cuyo ponente fue Gullón Ballesteros, resuelve un asunto sobre una donación simulada por una compraventa. Al efecto, lo que se debate es si la escritura de compraventa puede ser válida para cumplir el requisito de forma que exige la legislación sustantiva para hacer válido el negocio disimulado de donación de inmuebles, pero va más allá de eso, en sí de lo

que habla la sentencia es de la necesidad de que el instrumento notarial exprese la causa del negocio. O sea, que la escritura no se considere como un documento legitimador sin más, si no un documento legitimador del *actum* específico que instrumenta, tomándolo en referencia a su causa.

Al respecto, señala la sentencia: “*Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 Cód. civ., cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquellos*”.

Esta resolución nos llama la atención sobre el supuesto carácter abstracto de la escritura como instrumento. Este carácter abstracto de la escritura ya lo defiende Núñez Lagos para quien el instrumento notarial es el digno continuador de la *stipulatio* romana: “La firma de la escritura –dice el ilustre Notario– constituye válidamente la relación jurídica de fondo. La escritura, al absorber la *stipulatio* y la *traditio per chartam*, ha suplantado al viejo formulismo romano en el primer momento de la vida de una relación jurídica: en el instante de nacer”.¹⁷

A *contrarii*, Rodríguez Adrados puntualiza incluso la importancia de afianzar la causa en la redacción notarial de las contraescrituras. Al respecto afirma “(m)ás importancia tiene la causa, que ha de ser verdadera y lícita; la nulidad entre las partes de la contraescritura, originada por la ilicitud de la causa, está fuera de toda discusión; pero conviene insistir también en la verdad de la causa, pues frecuentemente se ven en las contraescrituras causas falsas”.¹⁸

La concepción de una escritura de valor abstracto es la que viene a desechar el alto foro, la escritura como “forma solemne” no es suficiente *per se* para legitimar un negocio, no tiene la cualidad de validar la abstracción. La escritura ha de contener la causa del negocio, ha de estar expresada. Ahora

¹⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹⁸ Antonio Rodríguez Adrados: “Escrituras, contraescrituras y terceros”, en *Escritos Jurídicos*, t. III, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 388-389.

bien, ¿qué significa la expresión de la causa en el instrumento? Si tenemos en consideración todo lo que hemos sostenido como naturaleza de la causa, entonces deberíamos concluir que la causa final se expresa en todo el instrumento desde ese *nomen iuris* que lo encabeza hasta el clausulado y las estipulaciones que conforman su parte dispositiva.

En ese sentido, la única manera en que una escritura puede prescindir de la causa en su redacción es la que señala la sentencia citada, o sea que se pretenda que una escritura contiene y valida un contrato de donación cuando está redactada para instrumentar uno de compraventa. Eso sí sería abstraer la escritura del negocio. De otra manera podríamos estar en presencia de negocios eficientemente abstractos pero no finalísticamente abstractos.

No obstante, este último particular también es merecedor de una pequeña glosa. La instrumentación de negocios abstractos, entendidos como tal no los que carecen de causa final sino aquellos que rompen su vínculo con su causa eficiente, va de la mano con lo permitido expresamente por el ordenamiento. Hay una realidad, ni siquiera en los ordenamientos más anticausalistas como el alemán, los negocios abstractos son una regla sino una excepción validada por el imperio de algún precepto del propio ordenamiento.

Siendo así, los notarios debemos ser conscientes que los únicos negocios que se pueden instrumentar sin referencia a su vínculo causal son aquellos que el ordenamiento expresamente permita. En nuestro Derecho esta autorización está en el primer párrafo del Artículo 69 del Reglamento notarial, limitada al negocio de apoderamiento: *“En los poderes no será necesario consignar antecedentes del acto, bastando que en su redacción consten las facultades que el poderdante confiere a sus apoderados, los nombres y apellidos de estos y demás generales, si el Notario las conociere”*.

Esta redacción es conforme con la naturaleza jurídica del poder, el cual es uno de los paradigmas de los negocios abstractos por la necesidad de su diferenciación con el mandato. De esta manera el poder se concibe como negocio abstracto, al desligarlo de aquel sobre el que tiene origen, al no tener que narrar los antecedentes, el poder seguirá derroteros diferentes a los del contrato de gestión que le sirve como base. Esta abstracción del poder, comenta Gordillo, “se la intenta justificar por la necesaria atención a la seguridad del tráfico y a la protección del tercero” y citando a Flume señala que “la autonomía del poder no es un dogma, sino un postulado de ‘practicabilidad’ del mismo a favor del tráfico negocial y ello hasta el punto de que dicha *practicabilidad* jugará al mismo tiempo como fundamentadora y delimitadora de aquella autonomía [...]”.¹⁹

19 Antonio Gordillo: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, p. 56.

Pero con esta honrosa excepción los notarios cubanos no podemos instrumentar otros negocios jurídicos relacionados sin hacer alusión a su causa eficiente. Caso de especial mención es el reconocimiento de deuda que bajo ninguna circunstancia podrá instrumentarse sin aludir en la parte expositiva de la escritura el negocio que dio origen a esa deuda que ahora se reconoce.

6. La causa final del negocio y la autenticidad del documento notarial

Si bien creo que la cuestión de la redacción causal del documento notarial, que como hemos dicho va más allá de la mención de la causa, es un tema de suma importancia, sin lugar a dudas el eje de la cuestión entre abstracción-causalidad en el Derecho notarial lo es el tema de la autenticidad del documento notarial.

Esta autenticidad puede llevar al extremo de potenciar de tal forma lo dicho en el instrumento, e incluso el instrumento mismo, que se salte por encima la veracidad, que otorga o defiende la causa, en pos de la seguridad jurídica. Pero una abstracción de la escritura notarial no favorece la seguridad jurídica o, al menos, no a una concepción de la misma que potencie a la veracidad sobre la apariencia.

Lora-Tamayo define a la seguridad jurídica partiendo de la nota de la certeza. En sus palabras es “necesario por tanto poder demostrar con certeza el hecho jurídico de la celebración del contrato y la ley *contractus* a que las partes someten su conducta. Sin embargo, no basta con poder demostrar en cualquier momento la existencia del contrato y su contenido, el ordenamiento jurídico debe velar también por su validez, es decir debe arbitrar los medios más adecuados para que los contratos que se celebren estén ajustados a Derecho, que en todos sus extremos estén conformes con este”.²⁰

A qué contribuye esta nota conceptual de suma importancia, pues a que no se entienda por seguridad jurídica una protección de lo falso sobre lo cierto. La certeza es uno de los grados de aproximación a la verdad, según la gnoseología clásica es el grado máximo de aproximación a la verdad que puede alcanzar el ser humano. Lo que significa que la defensa de la seguridad jurídica no puede entenderse como una abstracción extrema que potencie lo aparente sobre todas las cosas, sino como un valor que busca

20 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “La seguridad jurídica del contrato”, en *Revista de Derecho Notarial*, CXVI, abril-junio de 1982, p. 42.

la realización de la verdad. Esta concepción proabstracción es la criticada por Vallet al analizar el sistema de inscripción constitutiva, señala que “a pesar de su modernidad y perfección técnica, implica un nuevo formalismo que nos hace retroceder en este aspecto a épocas muy ancestrales de la historia, cuando la forma o fórmula se imponía a la realidad. O mejor dicho, que hacen realidad de la apariencia pues invisten a la fórmula de valor sacramental. Esta, si en el Derecho romano antiguo era constituida por una ‘*mancipatio*’ o una ‘*in iure cesio*’, ahora consiste, en cierto tipo de sistemas registrales, en la inscripción en un determinado Registro jurídico”.²¹

No obstante, voces muy autorizadas se alzan en defensa de esta abstracción de la escritura para defender la apariencia, entre todas se destaca la de Rodríguez Adrados quien sostiene que “[...] si se trata de dotar de eficacia a una apariencia, hay que exigir, en todo caso, un mínimo de consistencia a la apariencia misma [...]”,²² consistencia que otorga la escritura notarial. Aquí se introduce, y es hora de tratar el tema de los efectos de la escritura frente a terceros y de la simulación.

En su voluminosa monografía destaca la protección al tercero que confió en un negocio simulado fundamentando esa protección en la apariencia del instrumento notarial frente a la contraescritura. La gran pregunta que surge es ¿la protección al tercero en un negocio simulado se da por la abstracción del negocio escriturado o por la protección a la buena fe?

Que al tercero que de buena fe confió en la apariencia negocial y se vinculó jurídicamente en virtud del negocio simulado se le protege frente a los efectos nulificantes de la acción de simulación es doctrina sentada. Pero esta protección se basa no en una abstracción formal del negocio sino precisamente en la buena fe del tercero.²³ Es así que sostenemos, su protección se da no solo cuando el negocio simulado está en escritura pública sino incluso cuando parte de documento privado,²⁴ aquí de lo que se trata es del principio de utilizabilidad del contrato como *alter ego* del principio de relatividad, condición del que goza el tercero con independencia de la naturaleza del documento donde se contiene el negocio.

Por eso se hace necesario también analizar la defensa de Rodríguez Adrados de la afección al tercero de la escritura notarial. Su tesis está apo-

21 Juan Berchmans Vallet de Goytisolo: “La función...”, *cit.*, p. 214.

22 Antonio Rodríguez Adrados: “Escrituras...”, *cit.*, p. 318.

23 *Apud.* Federico de Castro y Bravo: *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pp. 360-366.

24 En contra Antonio Rodríguez Adrados: “Escrituras...”, *cit.*, p. 318, para quien “[...] hay que exigir al tercero un mínimo de verosimilitud en el objeto de su confianza; nada tiene que ver, en efecto, la buena fe con la candidez”.

yada en el Artículo 1218 del Código Civil español el cual hace concordar con los artículos 1.º tanto de la Ley Orgánica del Notariado como de su Reglamento,²⁵ para concluir en la formulación de lo que llama eficacia sintética del instrumento público en virtud de la cual “[...] el negocio mismo, tal como está contenido en el documento, el que es oponible, incluso a los terceros, en virtud de la eficacia del documento”.²⁶

¿Será tan absoluta esta oponibilidad a terceros del negocio instrumentado?

En nuestro ordenamiento la realidad se torna diferente. El Código Civil cubano carece de un precepto análogo al citado ibérico, mientras que la eficacia probatoria del documento público la encontramos en la ley procesal, cuyo Artículo 294, se formula de manera muy parecida al disponer que: “*Los documentos otorgados con la intervención de funcionario público con las formalidades legales, harán prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones que contengan o que de ellas inmediatamente se deriven. Harán prueba así mismo, aun respecto a terceros, en cuanto a su fecha y al motivo de su otorgamiento*”.

Aquí la gran interrogante es qué entender por motivo del otorgamiento y cómo se escinde de las declaraciones que contiene el instrumento, en cuál de las dos expresiones entra la causa del negocio. Debemos entender que el motivo del otorgamiento es solo la declaración negocial en abstracto y que el contenido de esas declaraciones (objeto y causa) están dentro de lo denominado declaraciones documentales, o por el contrario entender, de acuerdo con Rodríguez Adrados, que el negocio concreto incluida su causa es ese motivo del otorgamiento; de ser así, qué serían entonces las declaraciones que solo surten efectos interpartes.

En principio, para un tercero todo negocio es *res inter alios acta*, no puede perderse de vista que esta es la regla y el principio general. En consecuencia la afección negocial al tercero es excepcional y así ha de ser tratada. Esto lleva precisamente a la gradación de la eficacia del instrumento público y su incidencia en la esfera del tercero, para lo cual me parece muy útil seguir a Lora-Tamayo:

Ocurre, sin embargo, que esta autenticidad no puede predicarse por igual de todas las partes del documento notarial, lo que obliga a distinguir [...]

a) Actos del propio Notario, que el Notario afirme: presencia del Notario, medios de identificación de los que comparecen, inser-

25 Vid. Antonio Rodríguez Adrados: “Escrituras...”, *cit.*, p. 321.

26 *Ibidem*, p. 336.

tos y testimonios de documentos, reservas y advertencias legales, lectura por el Notario del documento, autorización.

b) Hechos que el Notario percibe por sus sentidos: existen dos hechos claves en torno al cual van a girar todos los demás, uno el de la presencia ante el Notario de los comparecientes y otro el hecho de que ante el Notario se han formulado determinadas declaraciones de voluntad; derivado de estos dos hechos y también con carácter esencial la prestación del consentimiento y la firma o medios de suplirla, además de estos hechos la presencia de otras personas como testigos (instrumentales o de conocimiento), facultativos; presencia de cosas como documentos, dinero, talones, letras de cambio, entrega de los mismos, lugar de la autorización.

c) Juicios del Notario: identificación de personas, capacidad jurídica y capacidad natural de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, legalidad del acta, notoriedad de hechos.

d) Contenido de las declaraciones.

Dividido el instrumento público en esas cuatro partes resulta más fácil determinar su autenticidad respecto a ellas. Así en relación a los grupos a) y b) la autenticidad es plena y consiguientemente también lo es el valor probatorio del documento notarial. El dictum se sobrepone al factum y para desvirtuar la fuerza probatoria plena de la escritura pública se necesita una declaración expresa de falsedad.

Respecto del grupo e) se trata de una presunción iuris tantum que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

Y respecto al grupo d), la autenticidad solo abarca el hecho de haberse prestado la declaración ante el Notario con un determinado contenido, pero en modo alguno la autenticidad se extiende al contenido de esas declaraciones, que podrán ser combatidas por los medios normales de prueba.²⁷

O sea, la simulación no puede oponerse frente al tercero, eso es indudable, pero no producto de una absolutización del contenido del negocio instrumentado que se abstrae de la causa falsa sino producto de la protección de la confianza que ese tercero tuvo en el negocio, en virtud de su buena fe.

27 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: "La seguridad...", *cit.*, pp. 56-57.

Esto nos permite afirmar que la seguridad jurídica que propugna la autenticación notarial no es asimilable a una abstracción del negocio escriturado sino más bien una potenciación de su causa, se sustenta como se ha sostenido en dotar al *actum* con el *dictum* de las notas de certeza y perdurabilidad, o sea se trata de que con la instrumentación del negocio este llegue a la realización plena de su causa formal, que es decir a la perfección de su causa final real y lícita. Ello, como sostiene Lora-Tamayo “[...] afecta a la seguridad jurídica de los contratantes, pero también a la seguridad y coherencia del ordenamiento jurídico, este se encontrará en una situación de incertidumbre si no asegura al máximo que los contratos celebrados por los particulares son conforme a las leyes, a la moral, y al orden público [...] Por último ha de asegurarse que el contrato válido es eficaz, es decir que produce los efectos pretendidos por las partes y los que sean conforme con su naturaleza frente a dichas partes y frente a los terceros que no intervinieron en su celebración”.²⁸

A modo de cierre

El notariado latino como baluarte de la seguridad jurídica no es un defensor de las apariencias y de su complemento, la abstracción. La seguridad jurídica que promueve el Notario y el documento notarial se basa en la certeza y no resulta errado decir que esa certeza es de naturaleza finalística y causal. En su función, el Notario indaga sobre la causa final, la valora en busca de vicios, interpreta y califica al negocio en pos de ella, redacta su instrumento siguiendo sus dictados y es precisamente por eso que al llevar el *actum* al *dictum* este le aporta a aquel las notas de veracidad, de certeza, y de perdurabilidad. El instrumento notarial no favorece la abstracción como no la favorece el Notario que busca en su actuación más la justicia que el acelerado desarrollo del tráfico.

La causa es un elemento incómodo para la economía moderna, ciertamente lo es, enlentece el comercio y la libre circulación de activos. También el Notario es incómodo para una economía así. Si vamos a ser objetivos, todo el Derecho es verdaderamente incomodo siempre que recuerda aquel apotegma de Carnelutti que le dice que su función es poner a la ética en la economía.

28 *Ibidem*. p. 42.

Los poderes preventivos en Cuba: un análisis desde el régimen jurídico de las salvaguardias

Dr. C. Jorge Luis Ordellin Font

Notario con competencia en la provincia de Santiago de Cuba

Esp. Liset Mercedes Marten Cisneros

Notaria con competencia en la provincia de Santiago de Cuba

Dra. C. Noadis Milan Morales

Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente,
Santiago de Cuba

“[...] no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas”.¹

I. Introducción

El tema de la discapacidad es complejo, con múltiples aristas desde lo político, lo social, cultural y jurídico. Desde el Derecho constituye un permanente reto, dado que no existe un concepto jurídico predeterminado sobre la discapacidad aplicable a todos los supuestos. Por ende, les corresponde a los jueces y demás funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, auxiliarse de otras ciencias, e incluso, de sus propias concepciones, para determinar la presencia de una persona con discapacidad o de persona con competencias diferentes.

Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea podemos hablar de una persona con discapacidad cuando esta presenta “una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional”, y es, además, “probable que tal deficiencia se mantenga durante un período prolongado”.² Aspectos tan complejos como el nivel o grado de limitación

- 1 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general sobre el Artículo 12: igual Reconocimiento como persona ante la ley”, Onceno Período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, CRPD/C/11/4, disponible en https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc. Consulta: 18 de septiembre de 2018.
- 2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea: *Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A.*, Asunto C-13/05, Rec. I-6467, 11 de julio de 2006.

que es necesario apreciar para determinar la existencia de la discapacidad y su permanencia, son cuestiones complejas de difícil solución en el plano teórico y práctico del Derecho.

Ante este complejo contexto, resulta imprescindible el reconocimiento de un conjunto de principios que deben observarse en las políticas públicas relacionadas con la discapacidad, como son: la equidad; la justicia social; la igualdad de oportunidades; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad; el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la accesibilidad; la no discriminación; la igualdad entre mujeres y hombres con discapacidad y la transversalidad, entre otros.

Cada uno de estos principios se materializa en el ejercicio de los derechos de estas personas: salud y asistencia social, trabajo y empleo, educación, accesibilidad y vivienda, transporte público y comunicaciones, deporte, recreación, cultura y turismo, acceso a la justicia, libertad de expresión, opinión y acceso a la información.

La concreción y efectividad de estas políticas públicas de protección requieren la implementación de medidas legislativas y materiales que sean expresión de discriminación indirecta. Concibiendo a esta última, según la Comisión Europea de los Derechos Humanos, como cualquier disposición, criterio o práctica que afecte de modo sustancialmente más perjudicial a un grupo definido por un “motivo protegido”, en comparación con otras personas en situación similar. No puede perderse de vista que la discriminación no solo existe cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también, cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes.³

Por ello, es necesario que cada una de las medidas legislativas y materiales sea analizada en relación con cada derecho y grupo de personas a los que afecta. Por lo general, cuando se reconoce el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, al menos en algunos países latinoamericanos, este derecho se limita a reconocer que estas personas deben recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales,

3 Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Consejo de Europa, 2010, disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Consulta: 20 de septiembre de 2018, p. 29.

así como asesoría y representación jurídica de forma gratuita. Sin embargo, lo cierto es que, para garantizar un ejercicio efectivo del acceso a la justicia sea necesario un plus, la norma debe ir mucho más allá, pues no basta que se reconozca que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de su vida.

Pero no puede garantizarse un efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad si estas no realizan un adecuado ejercicio de la capacidad jurídica en correspondencia con sus limitaciones. Por ello, y según la propia Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se deben adoptar todas las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁴

II. La protección de las personas con discapacidad y los apoyos: los poderes preventivos

Como ha reconocido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con relación a la interpretación del articulado de esta Convención y, en especial, en relación con lo dispuesto en el Artículo 12, en este precepto no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; sino que “se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás”.⁵

En correspondencia con esto, es común que cada ordenamiento jurídico reconozca un conjunto de medidas de apoyo para complementar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, incluyendo el acceso a la justicia. Estas medidas deben ser consideradas como acciones afirmativas positivas, precisamente porque están destinadas a prevenir o compensar las desventajas o dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, en otras palabras, su más completa integración social.

4 *Cfr.* Artículo 12 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en Nueva York, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/convention.html>. Consulta: 12 de septiembre de 2018 (en adelante la Convención).

5 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Observación general sobre...”, *cit.*

Entonces la pregunta es, cuáles deben ser las medidas, cómo deben ser establecidas. Al respecto no existen criterios preestablecidos ni respuestas unánimes. Cada ordenamiento jurídico es diferente y las necesidades también lo son. Solo existen lineamientos generales. El régimen de protección de las personas con discapacidad debe ser amplio y diverso, no sometido a esquemas cerrados ni delimitados. Por ello, siempre será necesaria una profunda revisión del paradigma de protección fundamentado en la sustitución de la adopción de decisiones por un modelo basado en derechos humanos y específicamente en los apoyos. No realizar esta profunda transformación significaría, como bien ha afirmado Garrido de Palma, estar en presencia de la existencia de “instituciones de protección de las personas discapacitadas, sin dotarlas de un régimen que las haga funcionales; su desidia o la impericia ha producido el resultado perverso de que lo realizado se vuelva en contra de quien se intenta proteger”.⁶

Pero, qué significa el establecimiento de un régimen de protección de las personas con discapacidad sustentado en los apoyos. En principio, esta parecería ser la tendencia a seguir en la materia, al menos, en el contexto iberoamericano. En el último Código Civil adoptado en Iberoamérica, el argentino, se concibe como apoyo “cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”.⁷ La reciente modificación del Código Civil de Perú considera que los apoyos no son más que, “formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo”.⁸ De manera similar, el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad propone la regulación de “las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio

6 Víctor Manuel Garrido de Palma: “La protección de los discapaces: La autotutela y el poder preventivo de protección”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009 (Ejemplar dedicado a: Curso 2008/2009), p. 67.

7 Artículo 43, de la Ley 26994/2014, promulgado según decreto 1795/2014, Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, segunda edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.

8 Artículo 3. Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 659-B del Decreto Legislativo No. 1384/2018 de 3 de septiembre, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en *El Peruano*, 4 de septiembre de 2018 (en adelante Decreto Legislativo No. 1384/2018).

de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”.⁹

La regulación jurídica de la discapacidad desde la concepción de los apoyos, sin duda reviste especial importancia desde lo social y también de lo jurídico. Configurar un régimen jurídico de apoyos para las personas con discapacidad significa abrir la posibilidad a una innumerable cantidad de figuras jurídicas que pudieran ser conceptualizadas como tal, siempre y cuando estas coadyuven a la igualdad y pleno desarrollo de este grupo de la sociedad vulnerable; basadas siempre en el respeto de la voluntad, sus preferencias y la adopción de sus propias decisiones, sin importar que su objeto pueden ser los más variados actos, ostenten estos una naturaleza jurídica patrimonial como personal.

II. a) Los poderes preventivos como medidas de apoyo

Una de las medidas de apoyo que ha provocado múltiples disquisiciones es la figura de los poderes preventivos, polémica figura que interrelacionada con el respecto de la autonomía de la voluntad y las directivas anticipadas implica la utilización de la histórica figura de la representación voluntaria en función de la discapacidad. Surgida a partir de la modificación en 1989 del Code Civil de Québec, Canadá, por la cual se introdujo en el contrato de mandato la figura denominada *mandat donné dans u prevision d'inaptitude du mandant*. Su mayor novedad, como refiere Serrano García, fue precisamente concebir la eficacia del mandato, una vez que el mandante deviene inepto, para gobernar sus propios asuntos, conjugándose así el mandato con la previsión sobre los cuidados de su salud.¹⁰

Si bien el origen señalado es el del mandato de autoprotección, es imposible olvidar la estrecha relación que existe entre esta institución y los poderes preventivos. El reconocimiento de aquella marcó un punto de inicio para el posterior reconocimiento de la última, y su concepción como “aquellos poderes en virtud del cual una persona, en previsión de una futura pérdida de

9 Artículo 21 en virtud del cual se propone la modificación Título XI del Código Civil español, Artículo 248, Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, No. 3, julio-septiembre de 2018, pp. 247-310 disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

10 Ignacio Serrano García: “El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégées*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, No. 4, octubre-diciembre de 2008, p. 749.

capacidad, delega en otra una serie de facultades”,¹¹ o el “acto jurídico otorgado por una persona al momento de su capacidad –sea a favor de quien designa como su propio curador o de un tercero– para que surta efectos acaecida su discapacidad, sea esta transitoria o permanente, y por causa de accidente, enfermedad o vejez”.¹² En otras palabras, no es más que una declaración de voluntad unilateral y recepticia, mediante la cual una persona en previsión de su futura incapacidad, otorga poder de representación a otra para que sea efectivo siendo el mismo incapaz, pudiendo dicha voluntad condicionar la existencia del poder a que este subsista, aunque exista la incapacidad o, que comience a surtir efectos cuando la misma sobrevenga.

Desde esta óptica los poderes preventivos devienen en un tipo de apoyo, cuya tipología responde a los actos jurídicos clasificados como actos de voluntad anticipada o medidas preventivas y cuya naturaleza jurídica es de autoprotección, dado que son adoptados por la persona interesada en previsión de una futura necesidad de apoyo producto de su incapacidad. Con su implementación no solo se cumple la voluntad del incapaz, sino también, garantizan sus intereses y bienes patrimoniales y personales.

En su contenido pueden encontrarse incluidas disposiciones tanto de carácter patrimonial como personal y, según las facultades conferidas al representante, pueden ser generales o especiales. O sea, para los primeros, exceptuando algunos negocios personalísimos,¹³ el poder puede abarcar

11 Tomás García: “Autotutela y poderes preventivos”, ponencias del XV Encuentro del Foro de Derecho Aragonés, p. 80 en www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002866_Indice.pdf. Consulta: 12 de diciembre de 2017, p. 117.

12 María Laura Rey: “La conciencia jurídica del siglo XXI en materia de discapacidad, frente al ordenamiento jurídico argentino y sus normas”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, p. 3, disponible en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/.../1-rey.pdf. Consulta: 19 de enero de 2018.

13 Aun cuando esta es la posición sobre la cual tradicionalmente se ha sustentado la teoría de la representación voluntaria, lo cierto es que en el caso de los poderes preventivos pudieran admitir algunas excepciones, sobre todo en aquellos asuntos que pudieran estar relacionados con los derechos de la personalidad y sobre los cuales el poderdante haya realizado algunas previsiones con carácter particular admitiendo y/o permitiendo la adopción de decisiones por parte del apoderado. Un ejemplo de esta situación es la posibilidad de que “el poderdante pueda establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y, si procede, solicitar su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las decisiones sobre las cuentas activas que deba adoptar el apoderado y participar en ellas”. Artículo 1.4 (Modifica el Artículo 222-2, con relación a las voluntades digitales en caso de pérdida sobrevenida de capacidad), Ley 10/2017, “De las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, de 27 de junio, *Boletín Oficial del Estado*, No. 173, viernes 21

todos los negocios del poderdante, incluyendo los de determinada esfera de su patrimonio. Mientras que, en los especiales, ha quedado determinado el o los negocios en los que el apoderado tendrá dicha representación. De hecho, los poderes preventivos generales se pueden utilizar para la administración de todos o casi todos los bienes del poderdante y los especiales para asuntos o cosas determinadas.

Los poderes preventivos también se clasifican en dependencia del momento a partir del cual comienza a desplegar sus efectos en relación con la declaración de incapacidad. Es denominado como apoderamiento preventivo en sentido estricto, o *ad cautelam*, aquel cuyos efectos se producen una vez declarada la incapacidad del poderdante; mientras que, es considerado poder con subsistencia de efectos ante la incapacidad sobrevenida, el poder que comenzó a desplegar sus efectos desde el momento de su otorgamiento, dejándose claramente establecido que surtirá efectos a pesar de que aquella sobreviniera.

Sin embargo, así como el establecimiento de un régimen de apoyos implica la constante revisión de las medidas de apoyo y la aceptación de otras nuevas, en la actualidad, la clasificación anteriormente referida, y que es aceptada por la generalidad de la doctrina, debe repensarse dentro un sistema integral de protección sustentado en un “régimen de apoyos”, o al menos, no aceptarse de forma rígida. Debe preverse la posibilidad de que la declaración de incapacidad no sea el centro del sistema de protección, o al menos de la diferencia entre un tipo u otro de poder. No solo porque la declaración de incapacidad deberá ser realizada teniendo en cuenta las especiales circunstancias y capacidad de cada persona, sino porque debe ser tomada en cuenta la idea de que una persona incapaz o con capacidad restringida puede otorgar poderes preventivos para aquellos asuntos en los cuales no se ha restringido o limitado su capacidad de obrar. Esto es posible si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad y necesidad de las medidas de apoyo y de la declaración de capacidad en dependencia de la voluntad y preferencias del incapaz. Ello es posible si se tiene en cuenta que el incapaz presenta una enfermedad de carácter degenerativo.

No obstante, en la actualidad la figura de los poderes preventivos permite conjugar el respeto a la autonomía de la voluntad y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Con su utilización como medida de apoyo

de julio de 2017, Sec. I., pp. 63631 y ss. Los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición adicional primera, en esta ley se encuentran suspendidos según Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 2018, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* No. 75, de 27 de marzo de 2018, pp. 32986 a 32986.

queda corroborado que la autonomía de la voluntad desempeña una relevante función al menos para determinar “[...] ser la vía o cauce que permita establecer regímenes de protección integrales y ‘a medida’ o personalizados dentro, eso sí, del marco en el que corresponde al Estado la supervisión y el control de los diferentes mecanismos de protección”.¹⁴

Por otro lado, también constituye una medida de salvaguarda flexible, atenuada y gradual que puede adecuarse a la situación de cada sujeto en particular, sin reducir, como afirma Amunátegui Rodríguez, su capacidad “más allá de lo estrictamente necesario para la eficaz protección y cuidado de sus intereses, de forma que no se lleve a cabo una restricción gratuita o arbitraria de las facultades del interesado si no es absolutamente indispensable”,¹⁵ en otras palabras, permite el diseño de una futura protección, en la que desempeña un papel esencial el Notario como funcionario público.

Las voluntades anticipadas de manera general y los poderes preventivos, de manera particular, suponen un reto para el Notario en el ejercicio de sus funciones. Cuando hablamos de la configuración de las medidas de apoyo para el régimen de las personas con discapacidad el ejercicio de la función pública notarial no puede ser apreciado exclusivamente desde el prisma de la función en virtud de la cual se encausan las voluntades individuales con el régimen legal previsto por cada ordenamiento jurídico, sino que implica mucho más. Solo es posible conjugar una verdadera medida de apoyo, sustentada en la previsión de la incapacidad, si se logran entrelazar los deseos, preferencias y voluntades de la persona que desea autoprotgerse, con los deberes de consejo y asesoramiento profesional del ejercicio de la función pública notarial. Estos están llamados a convertirse en baluartes indiscutibles de cualquier régimen de protección de las personas vulnerables.

II. b) ¿Poderes preventivos en Cuba?

En la actualidad en el ordenamiento jurídico cubano no existen evidencias de regulaciones jurídicas concretas en las que se implemente un sistema integrado de apoyos que propicie un verdadero acceso a la justicia y

14 Inmaculada Llorente San Segundo: “La Autotutela y los mandatos de protección en el Derecho Aragonés”, en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 2010, p. 29.

15 Cristina de Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del Artículo 1732 del Código Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, No. 4, octubre-diciembre de 2009, p. 633.

respeto a la autonomía de la voluntad. En particular, los poderes preventivos continúan siendo una asignatura pendiente, si bien se han desarrollado investigaciones sobre este tema como los realizados por Ordelin Font y Vega Cardona,¹⁶ Delgado Vergara,¹⁷ Horta Blanco,¹⁸ los cuales manifiestan posiciones diferentes en relación con su posible aplicabilidad o no dentro del ordenamiento jurídico cubano.

La naturaleza protectora de los poderes preventivos tiene su fundamento en la libertad, igualdad y dignidad del ser humano, derechos y valores reconocidos en el texto constitucional cubano (dignidad reconocida en el Preámbulo del texto y Artículo 9 a) tercera pleca, igualdad, Capítulo VI, libertad, Artículo 58 del propio texto en relación con el Artículo 9, inciso a), tercera pleca), los cuales a su vez se ven consagrados con el reconocimiento, firma y/o adhesión del Estado cubano de pactos y convenios internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, los que tienen directa y permanente aplicabilidad en el ordenamiento jurídico cubano.¹⁹

El Proyecto de Constitución de la República que ha sido sometido a debate con toda la población, y se encuentra sometido a revisión por la Asamblea Nacional del Poder Popular (órgano legislativo) reconoce la obligación del Estado, la sociedad y las familias de “proteger y asistir a las personas con algún tipo de discapacidad. El Estado garantiza las condiciones requeridas para su rehabilitación o el mejoramiento de su calidad de vida”.²⁰ Sin embargo, esta previsión *per se* no es suficiente para el reconocimiento, desde el futuro texto constitucional, de un régimen de protección de las personas con discapacidad que tenga en cuenta la voluntad, decisiones y preferencias de la persona con discapacidad. En su esencia, el artículo continúa ostentando

16 Jorge Luis Ordelin Font y Raúl José Vega Cardona: “Los poderes preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico cubano”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción, No. 7, año 4, vol. 1, marzo de 2012.

17 Teresa Delgado Vergara: “Vulnerabilidad y dependencia en la madurez de la vida: apuntes sobre la protección a las personas de la tercera edad en Cuba”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, No. 26, 2010.

18 Danay Horta Blanco: “Los poderes preventivos en el derecho cubano”, en Leonardo Bernardino Pérez Gallardo (coord.): *Discapacidad y Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

19 Cuba firmó la Convención el 26 de abril de 2007 y la ratificó el 6 de septiembre de 2007, información obtenida en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=44&Lang=SP. Consulta: 12 de septiembre de 2018.

20 Artículo 74 del Proyecto de Constitución de la República de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, La Habana, 2018.

un marcado carácter garantista y protector, pero solo desde las obligaciones de los sujetos señalados y desde la sustitución de la voluntad de este grupo vulnerable y no desde su autonomía.

Para lograr una protección sustentada desde la persona del discapacitado y el respeto de su voluntad y preferencias es necesario tener en cuenta el reconocimiento que prevé el propio texto con relación al libre desenvolvimiento de la personalidad.²¹ Solo desde esta óptica es posible la apertura de un amplio espectro de posibilidades para que, desde el ordenamiento jurídico, se pueda configurar un régimen de protección de estas personas. El cual debe tener en cuenta las propias decisiones, voluntades, deseos y preferencias de las personas discapacitadas, al propio tiempo que los sujetos obligados (Estado, la sociedad y las familias), según la propuesta de artículo, deban proveer los medios y apoyos necesarios para coadyuvar en este proceso, facilitando la comprensión, el razonamiento, la información y la expresión de sus preferencias.

Pero como su nombre lo indica, al momento de redacción de estas líneas el texto continúa siendo solo un proyecto. Importante en sí mismo porque marca el hacia dónde vamos, pero definitivamente, no es parte aún del ordenamiento jurídico. En la actualidad, además de los artículos ya relacionados del actual texto constitucional, debe ser tomado en cuenta, en la materia que nos ocupa, la regulación del principio de autonomía de la voluntad, como concreción de la libertad en el Derecho Civil, en la regulación del Artículo 312 de la norma sustantiva civil. Totalmente aplicable al régimen de los poderes aun cuando este no sea un contrato, lo cual permite la adopción en el acto jurídico de apoderamiento de las cláusulas que el poderdante tenga por conveniente, salvo disposición legal en contrario.

Todos los elementos anteriormente referidos justifican la posibilidad de admitir los poderes preventivos en el ordenamiento jurídico cubano. Estos son, precisamente, los argumentos en los que se sustentan las autoras, ya citadas, Delgado Vergara y Horta Blanco para afirmar que si bien esta figura no se encuentra explícitamente regulada en el ordenamiento jurídico cubano tampoco está prohibida, por lo cual serían admisibles, y una vía adecuada de protección de los intereses futuros del poderdante, en los cuales desempeña un importante rol la figura del Notario.²² Empero, la confusión terminológica entre poder y mandato que existe en el Código Civil cubano, y la remisión a las reglas del mandato para regular las relaciones jurídicas en-

21 Artículo 44, Proyecto de Constitución de la República de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, La Habana, 2018.

22 T. Delgado Vergara: "Vulnerabilidad...", *cit.*, p. 153.

tre el poderdante y el apoderado, pudiera impedir la admisión de esta figura, al considerarse, en el Artículo 409, inciso c), la incapacidad como causa de extinción del mandato y, en consecuencia, del poder según lo establecido en el precepto 414.2 de la propia norma.

Sin embargo, para estas autoras la causal de extinción del poder regulada a partir de la aplicación del Artículo 409, inciso c), de la norma sustantiva civil, tampoco es óbice para la no aceptación e implementación de la figura de los poderes preventivos en Cuba. Para justificar dicha postura sustentan la distinción existente entre incapacidad e incapacitación. A criterio de Horta Blanco el legislador civil cubano debió regular en el Artículo 409, inciso c), la incapacitación como causal de extinción y no la incapacidad, de manera que el poder preventivo –sostiene esta autora– puede comenzar a surtir efectos con la incapacidad y hasta la incapacitación, momento en el cual el tribunal, como órgano competente, valorará y determinará la permanencia o fin del referido poder.²³

A nuestro juicio, el criterio de las autoras, y específicamente de Horta Blanco, si bien es respetable, no es viable en el actual ordenamiento jurídico cubano, puesto que la interpretación de la norma no puede partir de la consideración de lo que el legislador debió decir y no dijo, sino de lo efectivamente regulado; por ende, siendo la incapacidad una de las causas de extinción del mandato y del poder en el ordenamiento jurídico cubano, es lógico que una vez que la persona sea incapaz, el poder se extinga; no siendo procedente que este mantenga su vigencia aun cuando la persona en plena capacidad determinó que este poder mantenía su vigencia una vez que llegara a ser incapaz.

No obstante, la contradicción existente en la interpretación del precepto del Código Civil no parece ser la causa de la ausencia de implementación de la figura de los poderes preventivos como apoyo por parte de los notarios cubanos como funcionarios públicos encargados de autorizar este instrumento notarial. La posibilidad de que se otorguen poderes preventivos, aun sin existir una regulación legal expresa que los admita, fue aceptada por otros autores en otros ordenamientos jurídicos con una regulación parecida a la actual en la norma sustantiva civil cubana.²⁴ Lo que debe impedir dicha implementación es la ausencia de mecanismos de control y garantía que efectivamente puedan hacer viable el cometido de esta figura de autoprotección.

El *quid* del debate en relación con la utilización o no de los poderes preventivos en el ordenamiento jurídico cubano no se manifiesta estrictamente

23 D. Horta Blanco: “Los poderes...”, *cit.*, p. 130.

24 *Vid.* Maritel M. Brandi Taiana: “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, No. 954, 2006, p. 493.

en la posibilidad o no de su otorgamiento, su validez como acto jurídico, sino más bien en su eficacia y en el cumplimiento de los fines que el apoyo persigue. En otras palabras, se podrán sostener criterios de interpretación distintos, pero es poco probable que se cuestione la validez de un poder preventivo otorgado bajo las normas vigentes, dado que aunque discutibles, todos los argumentos son válidos. Lo que verdaderamente dificulta su implementación es la ausencia de salvaguardias efectivas, garantías y mecanismos para el control de este apoyo. Desconocer esta necesidad puede parecer que, desde el actuar de los notarios, se estaría coadyuvando, en cierta medida, a poner a la persona que prevé su futura incapacidad en una situación de vulnerabilidad, puesto que no existen mecanismos efectivos para realizar el control de este apoyo.

III. Las salvaguardias: garantías normativas y mecanismos de control de los poderes preventivos

Las salvaguardias son tan importantes en la configuración del apoyo como el apoyo mismo. Los mecanismos de garantía y control que configuran las salvaguardias del apoyo deben estar presentes desde su propia previsión. Resulta imposible dejar de tomar en consideración lo preceptuado en el Artículo 12.4 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad este instrumento internacional. Dicho artículo obliga en relación con las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica a proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, y con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de estas personas.²⁵

El Artículo 12 debe ser interpretado de forma integral y no solo ser visto como la conminación a los Estados de proponer, establecer y desarrollar apoyos eficaces, sino, también, garantizar que estos apoyos sean proporcionales y adaptables a las circunstancias, derechos e intereses de las personas, y eviten la existencia de conflicto de intereses, influencia indebida, así como que estén sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Las salvaguardias no son una cuestión baladí, todo lo contrario, constituyen la otra cara de la moneda en la configuración del apoyo, lo que logra un vínculo que si bien es separable y distinguible desde un plano teórico, no lo puede ser en la práctica. No se logra una efectiva protección de la voluntad

25 Art. 12.4 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

y preferencia de las personas con discapacidad si el apoyo no se reconoce y/o configura con una efectiva salvaguardia. A nuestro juicio, esta puede estar dada por una garantía normativa prevista por el propio ordenamiento jurídico para la implementación y/o configuración del apoyo, o una medida de control que posibilite su examen específicamente una vez que se haya aplicado y se haga efectiva. Todo ello sin tener en cuenta si el apoyo ha sido previsto por la persona incapaz o por el propio ordenamiento jurídico. Estas garantías y mecanismos de control pueden, incluso, estar determinadas para varios o para un apoyo de manera particular. En ambos casos el objetivo es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, como salvaguardias su función es proporcionar protección contra los abusos en igualdad de condiciones con las demás personas.²⁶

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reconocido, al interpretar el Artículo 12 de la Convención, que cualquier forma que adopte el apoyo debe cumplir disposiciones esenciales, entre las que se encuentran: “d) [...] mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo y un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando basándose en la voluntad y las preferencias de la persona concernida. g) La persona debe tener derecho a rechazar el apoyo y poner fin a la relación de apoyo o cambiarla en cualquier momento. h) Deben establecerse salvaguardias para todos los procesos relacionados con la capacidad jurídica y el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica [...]”.²⁷

En los poderes preventivos, las salvaguardias están estrechamente relacionadas con instituciones típicas de la representación voluntaria como la ratificación y la revocación. La ausencia de mecanismos de control convertiría de facto a esta figura en un poder irrevocable. A lo que, además, hay que agregar la ausencia de instrucciones en el preciso momento de la ejecución del encargo, con excepción de aquellas que fueron impartidas por el poderdante con plena capacidad, lo cual reviste especial importancia al momento de interpretar el alcance de las facultades concedidas en el poder y el contenido de la gestión.²⁸

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Observación general...”, *cit.*
27 *Ídem.*

28 Sobre la importancia de los límites e instrucciones en la representación voluntaria, *cfr.* José R. León Alonso: “Comentarios artículos 1709 al 1739 del Código Civil”, Manuel Albaladejo (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1986, pp. 146 y ss. En materia de interpretación de la voluntad de las personas con discapacidad y los apoyos en

La implementación de salvaguardias efectivas no es solo un tema preocupante en ordenamientos jurídicos como el cubano, que no reconocen la figura de los poderes o mandatos preventivos de manera expresa, sino también, de aquellos que lo han hecho como es el caso de España. En este sentido, radican las principales críticas que se han realizado a la reforma operada en el año 2003 en el ordenamiento jurídico español en virtud de la cual se reguló esta polémica figura. Para Amunátegui Rodríguez dicha reforma no fue satisfactoria, en especial en lo relacionado con las garantías contempladas, tanto en el momento de realizar el apoderamiento como posterior a su ejecución.²⁹ Similar criterio sostiene Pereña Vicente, para quien “La ausencia de control judicial del comienzo de su eficacia y de la actuación del mandatario constituye, quizás, la vulneración más importante. Pero no es el único aspecto de su regulación que es claramente contrario a los postulados y principios de la Convención”.³⁰ Y en palabras de Garrido de Palma existe una “deficiente regulación legal”.³¹

La admisión y regulación de la figura de los poderes preventivos constituye un aspecto sin duda polémico que tiene como punto de partida el otorgamiento del poder, pero también, su vigencia o no una vez que la persona deviene incapaz, y por supuesto, las salvaguardias. Sin duda, estos son aspectos importantes y trascendentes, que deben ser tenidos en cuenta, pero el debate y consecuente análisis debe ir mucho más allá, debe tenerse también presente la propia configuración del sistema de apoyos que cada ordenamiento jurídico prevé y cómo los poderes preventivos tienen cabida dentro de este, o no.

Por ejemplo, en Argentina la figura de los poderes preventivos parece no tener cabida. Si bien la concepción del apoyo dentro de la norma es amplia y concibe como tal cualquier “medida de carácter judicial o extrajudicial”, la interpretación que se deriva del Artículo 380, inciso h), del Código Civil

el Código Civil peruano se establece “Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto”. Artículo 3. Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 569 Decreto Legislativo No. 1384/2018.

29 C. Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos...”, *cit.*, p. 681.

30 Montserrat Pereña Vicente: “La incidencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema español de incapacidad judicial”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción, No. 7, año 4, vol. 1, marzo, 2012, pp. 53-88.

31 V. M. Garrido de Palma: “La protección de los discapaces...”, *cit.*, p. 78.

y Comercial de la Nación prevé la extinción del poder por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado. Lo que sin duda restringe la posibilidad de utilizar la figura objeto de nuestros comentarios, al menos desde el mismo momento en que se declara la incapacidad.

Cuestión distinta se puede colegir en el ordenamiento jurídico peruano. La reciente modificación del Código Civil, a la que ya nos hemos referido anteriormente, opta por no regular un sistema de apoyos de manera determinada, sin embargo, reconoce que en los casos que expresamente decida la persona con necesidad de apoyo es posible que este tenga facultades de representación,³² lo cual abre una puerta a la posibilidad de admitir tal figura en el ordenamiento jurídico peruano, aunque habría que tener en cuenta la regulación que sobre la figura del poder y el mandato realiza el propio cuerpo legal.

En relación con los apoyos de la persona con discapacidad y las salvaguardias, la reforma realizada en el ordenamiento jurídico peruano es interesante por la manera en la que busca establecer o al menos prever un sistema de salvaguardias con respecto a estos apoyos. La norma opta por la generalidad y no por la particularidad en la regulación de los apoyos y salvaguardias. De esta forma reconoce que la determinación de los primeros debe ser realizada de manera libre y voluntaria según lo considere la persona mayor de edad; en correspondencia con ello reconoce que la persona que cuenta con el apoyo es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo.³³ Empero, como contrapartida, la persona que solicita el apoyo debe establecer las salvaguardias que estime convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.³⁴ Al propio tiempo existe la obligación del juez de realizar las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.³⁵

De esta forma se abre la posibilidad de un régimen amplio y diverso de apoyos, no cerrado, en el cual la persona que solicita el apoyo determina la

32 Artículo 3. Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 659-B, segundo párrafo del Decreto Legislativo No. 1384/2018.

33 Artículo 2 (Incorpora los artículos, 45-B.1 y 1976-A al Código Civil) y Artículo 3 (Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 659, A, B, C, D) del Decreto Legislativo No. 1384/2018.

34 Artículo 3. Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 659-G del Decreto Legislativo No. 1384/2018.

35 Artículo 3. Incorporación del Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil, Artículo 659-G del Decreto Legislativo No. 1384/2018.

forma, identidad, alcance, duración y cantidad de estos, así como utiliza la experticia del juez y el Notario para configurar para sí, en dependencia de sus circunstancias su propio sistema de apoyos y salvaguardias.³⁶

En Cuba, admitida la posibilidad de otorgar poderes preventivos, la ausencia de un sistema de salvaguardias que se configure a partir de la voluntad de la persona que prevea su futura incapacidad, y en su defecto por la intervención de un juez, o de un sistema de control previsto por el ordenamiento jurídico, nos ubicaría ante una situación similar a la comentada por Pereña Vicente en el ordenamiento jurídico español. En el cual queda evidenciado la imposibilidad de la revocación del poder, la ausencia de un sistema de revisión periódica y de un mecanismo o instrumento que permita evitar la influencia indebida, así como de control de la gestión del apoderado para que esta se ajuste a su voluntad e intereses del poderdante.³⁷ O, como precisa Amunátegui Rodríguez, realizando una crítica al régimen de controles y garantías actualmente vigente en el ordenamiento jurídico español, la eficiencia de la institución quedaría condicionada a las cautelas adoptadas por las partes “quedando sustituida la labor del legislador por el ejercicio por los interesados del poder de autorregulación de sus intereses”.³⁸

III. a) Garantías normativas y mecanismos de control de los poderes preventivos

La utilización de los poderes preventivos sin salvaguardias claras y precisas implica un alto riesgo de vulnerabilidad para el incapaz cuando el poder preventivo es otorgado de manera general, así como cuando el poder surte efectos desde el mismo momento de su otorgamiento. El otorgamiento de un poder preventivo general puede o no estar condicionado a la existencia de otro u otros apoyos. Cuando estos no existan el apoyo puede devenir en un poder preventivo con proyección y finalidad “paratutelar” como afirma Garrido Palma.³⁹

En el supuesto anteriormente comentado se corre el riesgo de configurar un apoyo más próximo a la tutela que un apoyo configurado según los criterios requeridos por la Convención. A lo que además habría que agregar

36 El Artículo 8 del Decreto Legislativo No. 1384/2018 incorpora el literal q) al Artículo 16 del Decreto Legislativo No. 1049, Decreto Legislativo del Notariado, en los términos siguientes: “Artículo 16. Obligaciones del Notario [...] q) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera [...]”.

37 M. Pereña Vicente: “La incidencia de la convención...”, *cit.*, pp. 53-88.

38 C. Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos...”, *cit.*, p. 682.

39 V. M. Garrido de Palma: “La protección de los discapaces...”, *cit.*, pp. 77-78.

que no sería necesaria la autorización judicial para disponer de los bienes como sucede en el caso de la tutela y la curatela. En este sentido, resulta interesante la propuesta que se hace en la modificación del Artículo 257 del Código Civil español, en la que se expresa que en los casos que el poder preventivo comprenda todos los negocios del poderdante, “el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, *salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*”⁴⁰ (el subrayado es nuestro).

La propuesta es interesante porque crea una presunción legal en virtud de la cual se establece un mecanismo de control que opera de manera subsidiaria, y que solo puede ser removido por la propia voluntad de la persona que otorga el poder, quien con plena conciencia de la situación en la que se encontrará decide eliminar los mecanismos de control que se prevén en la curatela, y dentro de los que se aplican, entre otros: la revisión periódica de las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años a través de un expediente de jurisdicción voluntaria; el inventario de los bienes, la rendición de cuentas sobre la situación personal o patrimonial de aquella y otros que pudieran ser establecidos por la propia voluntad del otorgante del poder.

También resulta interesante en esta propuesta determinar si la aplicación del régimen de la curatela a los poderes preventivo conforme lo anteriormente sugerido supone también la autorización judicial para realizar cualquiera de los actos jurídicos previstos en el Artículo 285 del Anteproyecto y referidos a la curatela. La aplicación de lo que se propone en el Artículo 285 en relación con el Artículo 257 supondría una importante limitación en materia de poderes preventivos y del amplio margen de actuación que tradicionalmente goza el poderdante a diferencia del curador. En correspondencia con esta propuesta todo parece indicar que en principio sí sería necesario contar con dicha autorización, a menos que el poderdante dispusiera otra cosa. En este particular, creemos necesario una clara delimitación por parte de este, con la previa asesoría de un Notario, de aquellos mecanismos de control de la curatela que podrían ser aplicados al régimen de los poderes preventivos y cuáles no, todo ello teniendo en cuenta las especiales circunstancias de cada caso.

En este mismo orden de ideas, y en relación con los poderes preventivos que surten efectos desde el mismo momento de su otorgamiento, el control preventivo que realiza el Notario debe ser reforzado, puesto que se corre el

40 Artículo 257 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

riesgo de una contractualización de la protección deferida al incapaz. Dado que la eficacia de estos poderes no queda suspendida, sino surte efectos desde el mismo otorgamiento en el cual el poderdante es plenamente capaz, no siempre queda precisado el hecho de que nos encontramos ante un apoyo o un instrumento de protección de la futura discapacidad. Se puede cometer el error de no ser lo suficientemente previsores para entrever, tanto el otorgante como el Notario, que no nos encontramos exclusivamente ante una escritura pública en virtud de la cual se otorga un poder, sino que esta puede devenir en un instrumento de autoprotección, en la cual la realización del encargo es tan importante como la protección en sí misma de los intereses del poderdante que posteriormente se encontrará en una situación de incapacidad.

El riesgo que comentamos es posible porque el negocio que subyace en el poder cuando es otorgado sin fines de autoprotección tiene un marcado contenido patrimonial, aunque existen excepciones, a diferencia de la causa subyacente en los poderes preventivos que persigue “funciones tuitivas”, como acertadamente señala Brandi Taiana, citando a Martínez García.⁴¹ En este último caso, además, su contenido no tiene un contenido exclusivamente patrimonial, todo lo contrario, puede contener innumerables disposiciones no patrimoniales.⁴² En este sentido coincidimos con Amunátegui Rodríguez cuando se refiere que la regulación de esta figura teniendo en cuenta las normas del mandato en relación con la capacidad, la forma, los efectos, las obligaciones y responsabilidades, y las causas de extinción del mandato no son *per se* suficientes para lograr una efectiva protección.⁴³

Asimismo, debe tenerse presente, tanto por el Notario como el por el poderdante que el poder preventivo siempre será otorgado para interés de este último que devendrá incapaz, siendo inadmisibles, al menos desde su naturaleza autoprotectora, considerar viable el otorgamiento de un poder preventivo en interés del apoderado o de un tercero, puesto que a nuestro juicio ello iría en contra de la propia naturaleza jurídica de la institución.

III. a).1. Garantías normativas

Como ya hemos comentado anteriormente, las salvaguardias pueden estar determinadas tanto por la existencia de un conjunto de garantías nor-

41 M. M. Brandi Taiana: “Incapacidad”, *cit.*, p. 489.

42 Nada impide que los poderes que no sean preventivos no tengan este tipo de disposiciones, lo que sucede es que no es la generalidad, al menos desde la práctica jurídica cubana actual.

43 C. Amunátegui Rodríguez, , “Poderes preventivos...”, *cit.*, p. 681.

mativas como medidas de control. Dentro de las primeras, en el caso de los poderes preventivos, se podrían mencionar: el otorgamiento de la escritura pública de los poderes preventivos ante Notario; el registro del acto, la obligación por la ley de la ejecución personal del encargo por la persona designada a menos que el poderdante dispusiera otra cosa y la existencia de un grupo de medidas de control previstas en la ley que actúen de manera subsidiaria cuando el poderdante no hubiera previsto ningún mecanismo.

Una de las principales garantías y salvaguardias de esta medida de apoyo es su inscripción en un registro público, ello permite dar publicidad al acto jurídico en cuestión, así como al acto jurídico revocatorio en caso de ser realizado. El registro deviene así en un medio efectivo para garantizar el cumplimiento de la voluntad del poderdante. En la actualidad, en Cuba no se prevé esta posibilidad, ya sea en un registro específico de autoprotección o en el Registro del Estado Civil, siendo esta última posibilidad la más viable en la actualidad.⁴⁴ En cualquier caso, esta ausencia pone en riesgo el cumplimiento y respeto de la voluntad del incapaz que puede verse fácilmente vulnerada ante el desconocimiento de la existencia o no de este tipo de apoyo.

El otorgamiento del poder en una escritura pública constituye la primera garantía de viabilidad del apoyo.⁴⁵ Supone no solo que el documento se encuentra investido de la fe pública, sino que en la configuración y determinación del apoyo el poderdante ha recibido un asesoramiento integral con

44 D. Horta Blanco: “Los poderes...”, *cit.*, p. 133. El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad prevé que los documentos públicos sean comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante. Artículo 251 en relación con el Artículo 299 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil* vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

45 La existencia de este requerimiento no es aplicable en Cuba, dado que el Código Civil cubano establece como regla la forma de la escritura notarial para el otorgamiento de los poderes. La norma sustantiva cubana regula de forma expresa, en el Artículo 414, que el “poder debe otorgarse ante Notario”, estableciendo posteriormente, en el Artículo 415 los supuestos en los cuales es admisible otra forma distinta a la notarial. Artículos 414 y 415 de la Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba. Sin embargo, esta sí era una de las principales críticas que se hacen al actual régimen jurídico de los poderes preventivos en España. *Vid.* C. Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos...”, *cit.*, pp. 682 y ss., y M. Pereña Vicente: “La incidencia de la convención...”, *cit.*, pp. 53-88. En correspondencia con ello el Anteproyecto de modificaciones, ya mencionado, establece dicha garantía de forma expresa. Artículo 258 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil* vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

relación al acto que pretende otorgar, pudiendo determinar con precisión su alcance y posibles salvaguardias conforme a lo establecido en la legislación vigente. Además, se otorga al documento autenticidad, matricidad, fecha cierta, juicio de capacidad y vocación registral conforme lo requiere la magnitud de este tipo de acto.

Particular importancia adquiere para configurar un sistema de apoyos basado en el respeto de los derechos, voluntades e intereses de las personas con discapacidad, el juicio de capacidad que emite el Notario. Gana en trascendencia a fin de acreditar que la intervención del poderdante en el otorgamiento ha sido voluntaria y con total liberalidad y discernimiento. Téngase en cuenta la especial situación en la que el poderdante pudiera encontrarse si presenta algún tipo de enfermedad degenerativa de su capacidad, y la presencia de intervalos lúcidos. Solo un juicio como el que emite el Notario sobre la capacidad del otorgante puede hacer efectiva el principio de presunción de la capacidad y la configuración del apoyo según sus condiciones y aptitudes.

La intervención del fedatario público también es imprescindible para precisar otro de los aspectos más controvertidos dentro de este apoyo, la determinación del momento a partir del cual comienza a surtir efectos el apoderamiento y quién o quiénes deben acreditar tal condición. Todo lo cual pudiera ir desde la presentación de certificados médicos, la declaración de discapacidad, incapacitación, o, la colaboración notarial para constatar la falta de facultades en el poderdante.⁴⁶ En el ordenamiento jurídico cubano, si bien el Código Civil no realiza precisiones en cuanto a quién le corresponde realizar la declaración de incapacidad, pudiera pensarse que puede ser utilizado el certificado médico como ocurre en otros países,⁴⁷ o mediante la declaración

46 C. Amunátegui Rodríguez: "Poderes preventivos...", *cit.*, p. 683.

47 *V.gr.* Así se reconoce en el apartado tercero del Artículo 2, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, *Boletín Oficial del Estado*, No. 277, de 19 de noviembre de 2003. El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad prevé que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se debe tener en cuenta las previsiones del poderdante, aunque "Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido". Además del error del legislador de hablar de otorgamiento en el caso de un acta notarial, no es del todo claro el precepto propuesto con relación a si en todos los casos es necesario autorizar un acta notarial para corroborar tal situación o si ello es siempre necesario y queda a discreción del Notario determinar la incorporación de un informe pericial, o no. Artículo 255 en relación con el Artículo 299 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, No. 3, julio-septiembre,

judicial del tribunal competente.⁴⁸ Aunque, lo cierto es, que la práctica es que solo el tribunal puede realizar tal declaración, modificándose a partir de la resolución judicial la capacidad de obrar del individuo. A estos efectos habría que establecer una clara precisión entre la declaración de incapacidad y el momento en el cual es necesario el apoyo.

III. b). 1. Mecanismos de control

Los mecanismos de control, por su parte, están dirigidos a garantizar la correcta ejecución de la voluntad del poderdante y el respeto de su voluntad. En este sentido, su primer objetivo, tal como su nombre lo indica, es el control y la fiscalización del encargo, aunque pueden existir determinados mecanismos que estén dirigidos a la materialización de instituciones de la representación como la ratificación, extinción y sustitución del poder. En principio, los mecanismos de control deben ser adoptados y configurados según la voluntad del poderdante, aunque a nuestro juicio deben existir un mínimo esencial de mecanismos que sea establecido en la ley para los supuestos en los cuales nada hubiera previsto el poderdante.

Tradicionalmente el régimen de control de los poderes preventivos ha sido analizado en relación con la figura de la incapacitación y la tutela. En este sentido se han previsto innumerables fórmulas que van desde la provisionalidad del cargo por un limitado período de tiempo hasta el necesario inicio del proceso de incapacitación,⁴⁹ pasando por la suspensión de la eficacia del poder una vez iniciado el procedimiento de incapacidad a los efectos de exigir la rendición de cuentas de su gestión al apoderado, con el correspondiente control de la administración de los bienes e intereses del discapacitado en tanto se constituya la tutela.⁵⁰

Se establece así una relación directa entre poder preventivo, incapacitación y cargo de tutela, en la cual este último se erige, según los autores, en el único mecanismo válido de control y protección del incapaz, sin tener en

2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

48 Dicho procedimiento es regulado en los artículos 586-588 de la Ley 7/77 de 19 de agosto, modificada mediante el Decreto-Ley 241/2006, Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

49 M. M. Brandi Taiana: "Incapacidad", *cit.*, p. 491.

50 David Mayor Fernández: "La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006", *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, No. 2133, julio de 2011, p. 21.

cuenta que podemos encontrarnos en presencia de poderes preventivos sin que exista proceso de incapacitación y, por ende, del nombramiento de un tutor, o de un curador. Ello es posible dado que, como acertadamente afirma Amunátegui Rodríguez “la razón de ser de los poderes de protección está en permitir la gestión de los intereses del incapaz sin acudir a la figura de la tutela, como una institución de protección independiente”.⁵¹

De hecho, la concepción de un sistema de apoyos como el que propugna el paradigma de la Convención puede y debe configurarse desde la eliminación de la tutela como parte de un sistema rígido de protección sustentado en la sustitución de voluntades,⁵² pero también, desde la supresión del carácter provisional y cautelar de los poderes preventivos,⁵³ con excepción de los supuestos que así se hayan determinado por el propio poderdante. Ello obliga entonces, a repensar el apoyo o el sistema de apoyos que una persona puede darse o prever el tribunal que los establezca ante la ausencia de lo primero. En correspondencia con ello es necesario concebir, tal como lo hace el actual proyecto de modificación del Código Civil español en la materia, la posibilidad de que los poderes preventivos mantengan su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto en el supuesto de que estas hayan sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.⁵⁴

Como se colige, esta coexistencia de apoyos demanda un mayor nivel de control y fiscalización, no solo para que se cumpla la voluntad de la persona que ha realizado la previsión para su futura incapacidad, sino también, para garantizar una debida protección en aquellos asuntos o esferas de la vida del incapaz que no hubo previsión, así como en la delimitación del preciso ámbito de actuación de cada uno de los apoyos, teniendo siempre presente que ninguno es más importante que otro, y que pueden funcionar bajo concepciones diferentes de protección y control.

La coexistencia de apoyos trae a debate dos posibles supuestos: a) la posibilidad de que dos apoyos gestionen o administren asuntos con igual contenido o esfera de actuación y b) el caso de que varios apoyos recaí-

51 C. Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos...”, *cit.*, p. 684.

52 *V.gr.* El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad prescinde de esta figura, al igual que de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

53 D. Mayor Fernández: “La reforma de la protección...”, *cit.*, p. 22.

54 Artículo 256 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

gan sobre una misma persona. La primera opción es totalmente viable, e incluso sugerible en muchos casos teniendo en cuenta las características personales de la persona que sirve de apoyo y el tipo de gestión que deba ser realizada. En dichos ámbitos de actuación los apoyos podrán actuar bajo las reglas de la mancomunidad o de la solidaridad según la propia voluntad del incapaz.

Más difícil resulta poder justificar la viabilidad de que dos o más apoyos recaigan sobre una misma persona, esta situación solo queda, en parte, justificada con la existencia de apoyos que tengan ámbitos de actuación diferentes. Incluso, este último caso, aunque no imposible, puede tener escasa viabilidad práctica, de ahí que exista la posibilidad de que por disposición judicial el poder preventivo se extinga. Por ello, es imprescindible que desde el propio momento de la autorización exista una especie de coordinación en relación con los diferentes tipos de apoyos que por voluntad del poderdante puedan existir, lo que en gran medida se encuentra relacionado con la labor asesora del Notario, y cuyos riesgos deben ser de conocimiento del poderdante desde el mismo momento del otorgamiento del instrumento público.

Nada obsta, incluso, para que el propio poderdante prevea la extinción del poder una vez que sea establecido otro apoyo, como puede ser el curador. Aunque también en este supuesto se pueden presentar dificultades de índole práctica en relación con la promoción del procedimiento de incapacidad o de provisión de apoyos, según lo previsto en cada ordenamiento jurídico. En relación con ello el representado podría haber obligado al representante, a partir de la relación de gestión que subyace al otorgamiento del poder preventivo, a poner en conocimiento del juez la necesidad de proveer otros apoyos según el grado de discapacidad alcanzado. Ello, a su vez, nos hace preguntarnos si el incumplimiento de esta obligación puede ser considerado un actuar de mala fe, aunque el apoderado continúe cumpliendo el encargo realizado en interés del aquel.

A nuestro juicio los mecanismos de control esenciales que deben ser previstos en cualquier régimen de los poderes preventivos son: la rendición de cuentas ante el juez y/o persona que determine el poderdante y la extinción del poder por incumplimiento en la ejecución del encargo y/o de los fines del apoyo dispuesto por un tribunal.⁵⁵ Al respecto, surge la interrogante sobre la

55 El Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad prevé que “Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos, y el curador si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador”. Artículo 256 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil* vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018,

posibilidad de que el propio poderdante, en uso de sus facultades, excluya, al momento del otorgamiento, la realización de las medidas de control; en otras palabras, el carácter disponible de estos mecanismos, o no.

Conforme lo estipulado en el Artículo 3, inciso a), de la Convención, uno de los principios inherentes de protección de las personas con discapacidad es precisamente “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. Una interpretación literal del precepto y del principio nos conlleva a reconocer que el poderdante puede disponer que se excluya la aplicación de estos mecanismos de control esenciales, aun cuando sea advertido de la posición de peligro en la que se puede ver involucrado, y la posibilidad de convertirse, incluso, en una propia carga para el Estado. Sin embargo, en nuestro criterio consideramos que estos mecanismos de control no deberían tener el carácter de ser disponibles. De hecho, tal como anteriormente hemos apuntado, aun cuando estos no fueran regulados expresamente, sí debieran ser aplicados y tenidos en cuenta.

La rendición de cuentas es un elemento natural de la relación representativa. Se halla en la configuración de esta figura desde su misma concepción, y hoy está presente en las más disímiles figuras relacionadas con la representación voluntaria y la gestión, sin importar la causa a la que obedezca dicha relación, dígase confianza, profesionalización y/o autoprotección. Desconocer la existencia de estos mecanismos sería desestimar *la ratio* de estos poderes, no ya desde la teoría de la representación voluntaria, sino también desde la protección del futuro incapaz. Significaría subvertir la objetividad de esta figura desde su propio otorgamiento. Bajo el asesoramiento y consejo del Notario debemos aspirar a la autorización de poderes preventivos bajo un prisma diferente en el cual se refuercen los mecanismos de control, tanto los previstos por el ordenamiento jurídico como los que el otorgante prevea establecer.

Lo que sí pudiera ser objeto de la voluntad del poderdante es ante quién se puede realizar la rendición de cuentas, dentro de los que se pudieran mencionar un tercero ajeno a la relación representativa, otro apoyo, un órgano de fiscalización *ad hoc*,⁵⁶ un juez o incluso ante el propio Notario u otro libremente elegido. También sería viable establecer claramente el período de tiempo en el cual la rendición de cuentas debería ser realizada, así como cualquier otra previsión que deba tenerse en cuenta al momento de realizar-

pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.

56 V. M. Garrido de Palma: “La protección de los discapaces...”, *cit.*, pp. 80-81.

se este acto de control. Pero siempre debe existir la obligación del tercero, del otro apoyo, órgano de fiscalización *ad hoc* o del Notario, de poner en conocimiento del juez cualquier irregularidad que perciban en la ejecución del encargo.

También queda contemplado dentro del régimen de autonomía de la voluntad y respeto de las decisiones de la persona que prevé su futura incapacidad la posibilidad de determinar si existirá alguna o algunas personas que detente (n) la facultad revocatoria⁵⁷ o, como precisa Amunátegui Rodríguez, quién pudiera ser depositaria de la función de proporcionar al mandatario las instrucciones adecuadas, la ratificación e incluso promover la extinción del poder de ser ello preciso.⁵⁸

Al respecto, hay que tener presente que estas personas no podrían ser consideradas un apoyo del incapaz, al menos en los términos que hasta ahora hemos abordado, sino un mecanismo de control del apoyo que debe ser previsto de manera particular en el instrumento público, tratando en todo caso que no exista una contradicción de intereses entre una u otra figura. En este caso le corresponde al Notario en la redacción del instrumento público el desarrollo de la misma pericia que deberá desplegar si existieran dos apoyos sobre los que recayera idénticos ámbitos de actuación, con la excepción, de que en este caso existen algunas diferencias. Mientras el apoyo está obligado a cumplir el encargo realizándolo según las instrucciones, voluntades, deseos y preferencias del poderdante, la persona que funja como mecanismo de control no participa directa ni indirectamente en la ejecución del encargo, limitándose solamente a velar por el respeto y cumplimiento de las instrucciones, voluntades, deseos y preferencias e intereses del incapaz. Su función es exclusivamente la de fiscalización, control y/o ratificación en el supuesto que así haya sido determinado por el poderdante.

IV. A manera de conclusiones

El tema de las salvaguardias en los apoyos de manera general y en particular en los poderes preventivos no queda agotado en los estrechos márgenes de este artículo, todo lo contrario, la autonomía de la voluntad y el régimen de protección sustentado en los “apoyos” abre la posibilidad de múltiples temas de debate. Los poderes preventivos constituyen un tipo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, el respeto de los derechos,

57 V. M. Garrido de Palma: “La protección de los discapaces...”, *cit.*, p. 75.

58 C. Amunátegui Rodríguez: “Poderes preventivos...”, *cit.*, p. 685.

la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad. Su naturaleza jurídica es de autoprotección y permite compatibilizar la autonomía de la voluntad de la persona que prevé su incapacidad con las particulares circunstancias en las que se puede manifestar su discapacidad. La flexibilidad del instrumento, facilidad en el otorgamiento y condiciones de ejercicio, lo convierten en una figura importante para configurar un régimen jurídico de apoyos que reemplace el régimen de protección sustentado en la sustitución en la adopción de decisiones por uno que respete la autonomía de la voluntad. Así como lo ha previsto, y requiere, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde una perspectiva de respeto de los derechos humanos

El hecho de que el poderdante, por falta de capacidad, no pueda controlar la gestión del apoderado, y especialmente que no lo pueda revocar, plantea la necesidad de establecer un conjunto de salvaguardias que garanticen el respeto y voluntad del poderdante incapaz. A estos efectos, bajo el asesoramiento del Notario debe preverse la posibilidad de que el poderdante diseñe, desde el mismo momento de su otorgamiento, efectivos mecanismos de control. En el supuesto que la persona no haya previsto estos, la norma jurídica debe contemplar la existencia de un mínimo de garantías normativas y/o mecanismos de control que permitan la viabilidad y efectivo cumplimiento de la función del apoyo.

Más allá de la interpretación que pueda realizarse de la regulación de las causas de extinción del poder y el mandato en el Código Civil cubano, lo cierto es, que la autorización de los poderes preventivos en este ordenamiento jurídico resulta inviable, ante la imposibilidad de hacer efectivos mecanismos de control que garanticen el cumplimiento del encargo por parte del apoderado. La figura del poder en nuestro Código Civil carece totalmente del carácter tuitivo y protector que debe estar presente en este tipo de apoyo. En este sentido, aun cuando la autonomía de la voluntad pudiera transformar su utilización, lo cierto es que las previsiones que pudiera realizar el otorgante del negocio de apoderamiento no son por sí suficientes.

Para lograr el otorgamiento y ejecución de poderes preventivos verdaderamente respetuosos con la figura de los apoyos, es necesario transformar el modelo de sustitución de la voluntad de la persona de discapacidad que hoy existe en el país por un modelo de apoyos y, en particular, la revisión de la institución del poder en la norma sustantiva civil. Todo ello con el objeto de cumplir los fines de la institución bajo un carácter tuitivo y de respeto de la persona con discapacidad, de lo contrario, se corre el riesgo de poner en una situación de vulnerabilidad al incapaz. El sistema de protección debe estar sustentado en el actuar coordinado y sistémico de todos los actores

que, dentro del contexto económico, social y jurídico, están obligados a garantizar una efectiva protección de estas personas y el respeto de sus voluntades y diferencias.

Bibliografía

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Consejo de Europa, 2010, disponible en https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf. Consulta: 20 de septiembre de 2018.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA DE: “Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del Artículo 1732 del Código Civil”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, No. 4, octubre-diciembre de 2009.
- BRANDI TAIANA, MARITEL M.: “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, No. 954, 2006.
- MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID: “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, No. 2133, julio de 2011.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Observación general sobre el Artículo 12: igual Reconocimiento como persona ante la ley”, 11º Período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, CRPD/C/11/4, disponible en https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc. Consulta: 18 de septiembre de 2018.
- DELGADO VERGARA, TERESA: “Vulnerabilidad y dependencia en la madurez de la vida: apuntes sobre la protección a las personas de la tercera edad en Cuba”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, No. 26, 2010.
- GARCÍA, TOMÁS: “Autotutela y poderes preventivos”, en Ponencias del XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, p. 80 en www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n002866_Indice.pdf. Consulta: 12 de diciembre de 2017.
- GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR MANUEL: “La protección de los discapaces: La Autotutela y el Poder preventivo de protección”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 49, 2009. Ejemplar dedicado a: Curso 2008/2009).
- HORTA BLANCO, DANAY: “Los poderes preventivos en el derecho cubano”, en Leonardo Bernardino Pérez Gallardo (coord.): *Discapacidad y Derecho Civil*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

- LEÓN ALONSO, JOSÉ R.: “Comentarios Artículos 1709 al 1739 del Código Civil”, Manuel Albaladejo (Dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXI, vol. 2, Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, INMACULADA: “La Autotutela y los mandatos de protección en el Derecho Aragonés” en *Revista de Derecho Privado*, enero/febrero de 2010.
- MAYOR FERNÁNDEZ, DAVID: “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXV, No. 2133, julio de 2011.
- ORDELIN FONT, JORGE LUIS Y RAÚL JOSÉ VEGA CARDONA: “Los poderes preventivos. Breves apuntes para su aplicación dentro del ordenamiento jurídico cubano”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – 2ª Circunscripción, No. 7, vol. 1, marzo, año 4, 2012.
- PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT: “La incidencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sistema español de incapacitación judicial”, *Revista del Instituto de Derecho e Integración*. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe - 2ª Circunscripción, No. 7, vol. 1, marzo, año 4, 2012.
- REY, MARÍA LAURA: “La conciencia jurídica del siglo XXI en materia de discapacidad, frente al ordenamiento jurídico argentino y sus normas”, ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional sobre discapacidad y derechos humanos, disponible en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/.../1-rey.pdf. Consulta: 19 de enero de 2018.
- SERRANO GARCÍA, IGNACIO: “El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, No. 4, octubre-diciembre de 2008.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en Nueva York, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/convention.html>. Consulta: 12 de septiembre de 2018.
- Ley 59/1987 de 16 de julio, Código Civil de la República de Cuba.
- Ley 26994/2014, promulgado según decreto 1795/2014, Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, segunda edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016.
- Ley 7/77 de 19 de agosto modificada mediante el Decreto-Ley 241/2006.
- Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, Boletín Oficial del Estado, No. 277, de 19 de noviembre de 2003.
- Decreto Legislativo No. 1384/2018 de 3 de septiembre, Que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en *El Peruano*, 4 de septiembre de 2018.
- Ley 10/2017, de 27 de junio, De las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, Boletín Oficial del Estado, No. 173, viernes 21 de julio de 2017, Sec. I, p. 63631 y ss.
- Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, No. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 247-310, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>. Consulta: 3 de diciembre de 2018.
- Proyecto de Constitución de la República de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, La Habana, 2018.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, Asunto C-13/05, Rec. I-6467, 11 de julio de 2006.
- Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, de 20 de marzo de 2018, publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 75, de 27 de marzo de 2018, pp. 32986-32986.

Nota informativa No. 3/2018

“[...] El que acepta la función pública, no puede aceptarla para violar su espíritu”.

José Martí

A todos los notarios del país por conducto de los jefes de departamentos o secciones de notarías provinciales, del municipio especial de Isla de La Juventud, y de los directores generales de Consultoría Jurídica Internacional, Bufete Internacional, Conabi, Lex y la Notaría Especial

Ponemos a su disposición el documento aprobado en la última Asamblea de Notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL), celebrada en Buenos Aires, República Argentina, los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2018:

“ESTUDIO DE LA DEFINICIÓN DE ACTO AUTÉNTICO NOTARIAL”, documento elaborado por la Comisión “ACTE AUTHENTIQUE” de la UINL.

Comentario inicial

Este trabajo tiene por objeto la exposición de forma breve y clarificadora del por qué el *Acte Authentique* goza de una eficacia superior a otros documentos. En definitiva, de por qué el *Acte Authentique* goza de fe pública.

Como punto de partida es obligado señalar una obviedad. Existen documentos de contenido y efectos jurídicos desde que el hombre aprende a manifestarse mediante grafismos. Dentro de ellos están los que documentan negocios jurídicos entre particulares. A partir de aquí, con el tiempo se idean fórmulas para mejorar la eficacia de los mismos mediante la adición de garantías en su formalización.

En unos casos estas garantías son muy elementales, como es el caso del *deed* del common law, para el que basta la presencia de dos testigos, la

aposición de un sello y la fórmula sacramental *signed as a deed*. El *deed* es un medio de prueba como cualquier otro en juicio, que no puede merecer privilegio alguno.

En el *Acte Authentique*, las garantías son mucho más completas y sofisticadas. Tiene su origen más próximo en los *iuditia ficta* medievales. En ellos, para lograr la certeza y ejecutoriedad, las partes simulan ante el juez una demanda a la que la parte demandada se allana. El juez vela por la legalidad del acto, que tiene valor de sentencia. Nadie podrá discutirlo ni oponerse a su ejecución sino es en supuestos muy excepcionales. Con el tiempo, la labor del juez será ejercida por unos funcionarios especializados, que son los notarios. En el documento su función será análoga a la del juez y los efectos similares a los de las sentencias, sin perjuicio de la revisión por el poder jurisdiccional. Pero en principio, el documento debe ser reconocido y ejecutado como auténtico. El documento tiene fe pública.

Este conjunto de garantías que incorpora el Notario al documento y le confiere especiales efectos sustantivos, probatorios y ejecutivos es objeto de reconocimiento en los más altos tribunales. Así, a modo de ejemplo, dice la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017, que:

[...] el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares [...] la intervención del Notario es importante y necesaria [...] ya que la participación de dicho profesional no se limita a la confirmación de la identidad de la persona que ha estampado su firma en un documento, sino que implica igualmente que el Notario se ha informado del contenido del acto de que se trata a fin de garantizar la legalidad de la transacción prevista y ha comprobado la capacidad de la persona interesada para otorgar actos jurídicos.

Y el mismo tribunal, en sentencia de 24 de mayo de 2011, lo refuerza al determinar que:

[...] la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la

legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares constituye una razón imperiosa de carácter general que permite justificar posibles restricciones del Artículo 49 TFUE derivadas de las particularidades que caracterizan la actividad notarial, tales como la organización de los notarios a través de los procedimientos de selección que les resultan aplicables, la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad o de inamovilidad.

Para explicar por qué el *Acte Authentique* goza de un valor superior a otros documentos, como es el caso del *deed* del common law, el estudio parte de la definición de *Acte Authentique* formulada en el seno de la UINL y de la CNUE y –a la vista de los Principios Fundamentales del Sistema de Notariado de tipo latino/germánico y de las Normas de Deontología y Reglas de Organización del Notariado– analiza lo que los reglamentos de la UE denominan “procedimiento de autenticación” con especial atención a las garantías que confluyen en el mismo, que van desde la propia organización, responsabilidad y régimen de los notarios hasta la detallada y exigente labor del Notario en la confección y autorización del *Acte Authentique*.

El estudio constituye un primer paso hacia la circulación universal de los *actes authentiques* como documentos de eficacia superior a cualquier otro.

Punto de partida

Definición de *Acte Authentique* emanada de las Asambleas de la CNUE y la UINL, celebradas el 16 de junio y el 11 de noviembre de 2017, destacando en ellas los puntos esenciales:

Por “instrumento auténtico” se entiende un documento que ha sido formalmente redactado como tal, y:

- (i) Cuya autenticidad comprende la fecha, la firma y el contenido de los negocios y las relaciones jurídicas que en él se encuentran.
- (ii) Que ha sido autorizado por una autoridad pública, o un delegado de la autoridad pública, que ha recibido de manera permanente poderes especiales del Estado para redactar “instrumentos auténticos” de conformidad con un procedimiento regulado por la ley.

Conforme a tal procedimiento la autoridad pública o el delegado de la autoridad pública *está obligado a*:

- Asegurarse de que las partes han otorgado su consentimiento con claro y perfecto conocimiento del alcance y consecuencias legales de tal instrumento.

- Actuar con independencia e imparcialidad.
- Verificar la identidad y la capacidad jurídica de las partes, así como la legalidad del negocio jurídico.
- Suministrar a las partes información jurídica completa y comprensible.
- Rehusar su intervención, como consecuencia del control de legalidad y de la validez del negocio jurídico, si el mismo persigue una finalidad ilícita o de mala fe.

El instrumento público se caracteriza por su condición de permanencia y de eficacia privilegiada.

Dada en La Habana, a 26 de noviembre de 2018.

Olga Lidia Pérez Díaz
Directora

Pautas instrumentales para la incorporación de nuevos socios a las cooperativas no agropecuarias

Pedro Luis Landestoy Méndez
Notario de La Habana

Sumario

Prefacio. 1. Naturaleza del acto y calificación notarial. 2. Los comparecientes. 3. Los antecedentes del acto y la parte expositiva de la escritura: el acuerdo de la Asamblea General. 4. La incorporación y la firma del contrato asociativo base. 5. Principales reservas y advertencias legales. 6. A modo de conclusiones. Bibliografía.

Prefacio

El Decreto-Ley No. 305/2012 de 15 de noviembre “De las cooperativas no agropecuarias” constituyó un hito en la reciente historia legislativa cubana. No solo abrió la puerta para la aparición de un nuevo tipo de persona jurídica sino que esta traía consigo una revitalización del Derecho mercantil y de la posibilidad que nuevos actores participaran en el comercio cubano.

Esta norma además constituye, y nótese que lo digo en presente aun cuando ya han decursado más de tres años desde su promulgación, todo un reto para el notariado patrio, el que en su generalidad ha visto fuera de su quehacer cotidiano la rama mercantil del Derecho privado. Es por eso que la nueva materia ha sorprendido a no pocos notarios cubanos, creando un sinnúmero de dudas y en consecuencia una búsqueda acuciante de soluciones.

Esta búsqueda no está ajena de límites y sin duda el tema de la incorporación de nuevos socios junto con las demás vicisitudes de la cooperativa una vez creada (*V.gr.* pérdida de la condición de socios, sustitución de los cargos de dirección, creación de nuevos órganos de dirección, etc.) es uno de los más huérfanos de respuestas. Tanto la doctrina como la legislación dan al Notario soluciones y directrices más o menos nítidas en relación con la constitución y la disolución de las cooperativas, pero en relación con los fenómenos que suceden entre los dos extremos de su existencia las orientaciones se vuelven cada vez más someras y parcas.

Sin ir más lejos, sobre la incorporación de socios a las cooperativas no agropecuarias de primer grado, el Decreto No. 309/2012 de 28 de noviembre “Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado”, solo se pronuncia en su Artículo 27 señalando que *“Las personas naturales que deseen hacerse socios de una cooperativa ya constituida, lo solicitan por escrito a la dirección de esta, declarando cumplir los requisitos que exigen el decreto-ley y los estatutos. Corresponde a la Asamblea General aprobar su incorporación lo que se formaliza mediante escritura pública”*.

El precepto envía la materia a la sede notarial pero no da pautas a seguir, como tampoco lo hacen los tratados y artículos científicos que desarrollan las materias de cooperativas y de función notarial.

Es entonces donde surgen las interrogantes: ¿qué cause notarial tiene esta incorporación?, ¿cómo instrumentarla?, ¿cuál ha de ser la calificación del instrumento notarial y qué pautas instrumentales brinda esta calificación? A tratar de contestar estas preguntas va dirigida esta ponencia.

1. Naturaleza del acto y calificación notarial

Partiendo de una interpretación del artículo citado, podemos concluir que la incorporación de un nuevo socio a la cooperativa no agropecuaria de primer grado constituye un acuerdo de la Asamblea General que se debe formalizar mediante escritura pública. Este acto jurídico nos recuerda *mutatis mutandis* a los acuerdos sociales y a su instrumentación o “elevación a público”. Por lo que creo que del estudio de este se podrán extraer conclusiones atinadas con respecto a aquel.

Señala Lora-Tamayo que “en la escritura pública en la que constan los acuerdos sociales se formaliza un negocio jurídico otorgado por el órgano representante social. La aprobación del acuerdo por el órgano colegiado es presupuesto de este negocio, pero aún no es el negocio jurídico. El negocio jurídico societario se producirá cuando el otorgamiento se realice. Más aún, si como ocurre frecuentemente, no hay más otorgamiento que el de la escritura pública, esta será el ser del negocio societario. Dicho de otra manera, la escritura habrá dado el ser mediante su forma o expresión al negocio social”.¹

Este análisis nos arroja una luz importante en cuanto a la naturaleza del acto jurídico y en relación con su instrumentación. El acuerdo social no es un negocio jurídico que preexiste a la escritura y esta lo único que hace es

1 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “Elevación a público de los acuerdos sociales”, Conferencia pronunciada en la Academia sevillana del notariado el 6 de febrero de 1992.

cambiar su naturaleza, por lo cual no estamos ante una elevación a público de un negocio privado. Esta diferencia es de suma importancia en cuanto a la incorporación de socios en las cooperativas pues el nuevo socio adquirirá tal condición no cuando lo apruebe la Asamblea General sino cuando se otorgue la escritura, aquí el negocio tampoco precede al instrumento como opera en la elevación a público de negocio privado en cualquiera de sus manifestaciones.²

La instrumentación del acuerdo de la Asamblea General no es una mera prueba, o sea la escritura no es forma de valer, no tiene carácter *ad probationem* partiendo de que es exigida por la propia norma. Tampoco es un documento reconocitivo o de fijación jurídica, pues en esos casos el negocio existe, es válido y eficaz aun cuando no haya sido documentado. Mas al tener el documento una función de fijación se convierte en la plasmación de la declaración de voluntad renovadamente manifiesta, pero en este supuesto el negocio no existe previamente sino que nace con el otorgamiento, explicación que también da al traste con considerarlo un documento modificativo que marca el contenido definitivo. Finalmente la instrumentación de la incorporación de socio no consiste en la dación de forma *ad solemnitatem* a un negocio comprometido solo como *pactum de contrahendo*, pues si bien puede concebirse al acuerdo de la Asamblea General como presupuesto del negocio, nunca este responderá a la naturaleza de una promesa de contrato. Como sostiene Lora-Tamayo “(e)n estos otorgamientos no se eleva a público ningún documento privado [...] Si se elevase a público un documento privado, significaría que el negocio existía previamente; como no existe, habrá que formalizar en escritura pública ‘tomando como base’ [...] alguno de los documentos que en él se expresan”.³ Esta realidad tan sostenida en relación con los acuerdos sociales es también aplicable a las cooperativas no agropecuarias.

Al argumento de que la incorporación del nuevo socio ocurre con el otorgamiento de la escritura y no con el acuerdo de la asamblea hay que añadir otro elemento, de índole más sustantiva: la suscripción del contrato asociativo.

En su ánimo por distinguir a la cooperativa de la sociedad mercantil, la doctrina ha olvidado con frecuencia de que la mercantil es solo uno de los

2 Según Pachioni (Diritto civile italiano, 2ª-II, capartado X, 5-12, Padova, Cedam, 1939, pp. 145-155) clasificó la elevación a público del negocio privado en cuatro modalidades: a) solamente como prueba del contrato ya concluido antes, b) como documento reconocitivo o de fijación jurídica, c) con carácter más o menos modificado, dándole su contenido definitivo y d) como dación de forma *ad solemnitatem* de un negocio comprometido solo como *pactum de contrahendo*.

3 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “Elevación a público...”, *cit.*

tipos de personas jurídicas que nacen de los contratos asociativos pero no el único, por lo cual es perfectamente válida la afirmación de que la cooperativa nace de un contrato asociativo societario, así, para Girón Tena,⁴ la cooperativa es una sociedad, ya que es un contrato en el que lo decisivo es la voluntad sin que se requiera un fin lucrativo o no. Según dicho autor, lo decisivo es: a) La índole común del fin u objeto social, lo que implica que todos los socios contribuyan a su obtención, que a todos les afecten los resultados y que todos puedan exigir que así sea y b) Que el fin sea promovido por todos los socios al menos con una obligación exigible en sentido técnico jurídico, sin que sea esencial la existencia de un patrimonio o fondo social.

De esto se deduce que la cooperativa no agropecuaria tal y como está regulada en el Derecho cubano se constituye en virtud de un contrato asociativo societario. De hecho la mal llamada escritura de constitución lo que instrumenta es precisamente este contrato más que la constitución de la persona jurídica que, no solo nace como consecuencia de ese acto sin tener ella misma naturaleza negocial sino que además ni siquiera queda constituida como tal por medio de la escritura sino de su inscripción en el Registro Mercantil.⁵

El contrato asociativo se caracteriza por la colaboración o cooperación de los contratantes para conseguir el fin que pretenden; otra nota definitoria es su carácter organizativo, en tanto que establece una relación necesariamente estable y compleja en la que hay que regular aquella cooperación o colaboración y los elementos que sirven como instrumentos para ello. Este contrato es la base de la constitución de una cooperativa, por lo que cada socio que pretende ingresar a ella debe suscribir ese contrato asociativo que lo vinculará, no solamente con la cooperativa como persona jurídica

4 Vid. José Girón Tena: *Derecho de sociedades*, t. 1, "Parte general, sociedades colectivas y comanditarias", GT, Madrid, 1976, pp. 95 y ss.

5 Esto lo afirman en el ámbito de las sociedades mercantiles de la Cámara Álvarez y de Prada González ("Sociedades comerciales" en *Revista de Derecho Notarial*, números LXXXI-LXXXII, julio-diciembre de 1973, p. 98) quienes sostienen que "No basta eludir el problema afirmando que el acto constitutivo de la sociedad no es un contrato. En primer lugar, el Derecho positivo de todos los países (al menos de *civil law*) sigue considerando que la sociedad nace como consecuencia de un contrato, sin que sea una excepción la sociedad anónima" y específicamente en el ámbito de las cooperativas Rodríguez Adrados: ("La función notarial y la constitución de las cooperativas. -A propósito del Proyecto de 1980-, en *Revista de Derecho Notarial*, número CVIII, abril-junio de 1980, p. 215) quien puntualiza "La cooperativa no se constituye por acuerdo de una asamblea, hecho constar en la correspondiente acta, sino en virtud de un negocio jurídico en que prestan su consentimiento individual todos los socios fundadores, y que ha de consignarse en el correspondiente documento".

creada por el contrato, sino con los otros socios a los que los une la *affectio societatis*.⁶

Este contrato asociativo societario, al que el Código Civil le denomina sociedad⁷ (*cf.* Artículo 396.1), ha de hacerse por escrito (*cf.* Artículo 396.2) y aunque la máxima norma civil no establece que ha de hacerse por escritura pública, sí lo establece el Artículo 7.1 del Decreto-Ley No. 226/2001 de 6 de diciembre “Del Registro Mercantil” como requisito formal *ad utilitatem* del negocio jurídico.⁸ De esto se infiere que la adquisición de la condición de socio se produce con el otorgamiento de la escritura y no con el acuerdo de la Asamblea General.

Es entonces donde nos debemos cuestionar la calificación notarial del acto y por consiguiente la función notarial en esta escritura.

Como expresa Pérez Fernández del Castillo “(c)alificar significa dar un nombre, pero sobre todo, determinar qué acto jurídico desean llevar a cabo las partes”,⁹ a lo que Pérez Gallardo apunta “los instrumentos públicos han de ser calificados por el Notario, sobre la base de su contenido, a saber: según la naturaleza del hecho, circunstancia, acto o negocio jurídico que se instrumenta, el Notario, primero delimita el tipo instrumental: esencialmente, si es una escritura o un acta notarial (*vid.* Artículo 13 a) y b) de la ley notarial) y luego, según el tipo fáctico o negocial instrumentado, la modalidad de acta notarial o escritura pública que corresponda”.¹⁰ Si la escritura por la cual se incorpora un socio a una cooperativa no agropecuaria de primer grado no está instrumentando la elevación a público del acuerdo de la Asamblea

6 Dentro de los contratos asociativos la constitución de la cooperativa puede clasificarse como asociativo societario cuya característica principal según López de Zavalía (*Teoría de los contratos*, t. 5, Zavalía editor, Buenos Aires, 1995, p. 415) es “la complejidad derivada de una doble función: negocio constitutivo del ente, y negocio de cambio por aportación (prometida o efectuada) al ente y recepción de la respectiva parte social”.

7 No ha de confundirse el nomen del contrato con la persona jurídica que crea. Si bien la cooperativa es una forma asociativa y una persona jurídica diferente a la sociedad mercantil o civil en cualquiera de sus modalidades, nace del contrato de sociedad.

8 Este artículo se basa en el principio registral de documentación auténtica por el cual solo pueden acceder a registros públicos instrumentos públicos. Esta disposición es desarrollada en el Artículo 4 de la Resolución No. 230/2002 de 29 de octubre del Ministerio de Justicia “Reglamento del Registro Mercantil” el que en el inciso a) preceptúa la escritura notarial.

9 Bernardo Pérez Fernández del Castillo: *Derecho Notarial*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 240.

10 Leonardo Pérez Gallardo: “El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales”, versión digital facilitada por el autor.

General, como ya se ha visto, sino que formaliza el acto jurídico de incorporación *per se*, entonces el *nomen* de la escritura no puede ser el genérico “elevación a público de acuerdo social” sino el del acto jurídico que se instrumenta, o sea “incorporación de socio”.

Esta calificación, como señalan los autores citados, determina más que el mero nombre del instrumento, establece unas pautas instrumentales muy precisas que el Notario ha de seguir en la redacción de la escritura. Veamos las que, a mi criterio, son las principales.

2. Los comparecientes

La primera pauta instrumental que arroja el ejercicio de calificar el acto y la correspondiente escritura es determinar quiénes deben concurrir a la firma del instrumento, quiénes han de concertar el acto jurídico, quiénes otorgar la escritura.

Si sostenemos que al formalizarse la escritura no solo se está consolidando un acto jurídico cuyo presupuesto es un acuerdo de la Asamblea General sino que además se está adhiriendo el nuevo socio al contrato asociativo base de la cooperativa, es entonces imprescindible la intervención de la cooperativa y de los nuevos socios. Ambos serán las “partes” del negocio jurídico que se instrumenta, y pongo el término partes entre comillas porque aun cuando el contrato asociativo, al ser un acto multilateral, no tiene la estructura típica de partes contrapuestas, hay que recordar que en este negocio sí se da una especie de sinalagma pues a cambio de la aportación (prometida o efectuada) a la cooperativa se otorga la respectiva condición de socio.

Así, el primer compareciente habrá de ser el representante orgánico o voluntario de la cooperativa. Es de señalar que esta representación se regirá por las reglas habituales sustantivas e instrumentales, por lo que solo podrán concurrir como representantes de la cooperativa el órgano autorizado estatutariamente para representarla o un apoderado mediante copia autorizada de la escritura sobre poder notarial o copia del contrato de servicios jurídicos, únicamente admisible para los abogados de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (*cf.* Artículo 415.2 del Código Civil). La cooperativa no puede designar un representante *ad hoc* para realizar este otorgamiento a través de un acuerdo simple, este hecho lo explica Lora-Tamayo partiendo de un análisis de la legislación española en relación con los acuerdos sociales de una sociedad mercantil pero las conclusiones a las que llega son per-

fectamente aplicables a la realidad cubana y a los acuerdos de la Asamblea General de una cooperativa: “Por su propia naturaleza, la Sociedad se vale de personas físicas que actúan por ella, como de manera clásica el Código de Comercio, en su redacción anterior a la última reforma, nos decía en el número 3 del Artículo 122, en las Sociedades Anónimas, los ‘asociados’ encargan el manejo (de los negocios sociales) ‘a mandatarios o Administradores movibles que representen a la Compañía’. Estas personas físicas, nos dirá la DGRN en numerosas resoluciones, ‘exteriorizan la voluntad social’ (Resolución de 3 de septiembre de 1980) y no actúan como un mero nuncius o ejecutor de una voluntad expresada, sino como mandatarios u órganos de la propia Sociedad (Resolución de 3 de septiembre de 1980), no pudiendo, por tanto, la Junta General designar directamente una persona para elevar a públicos sus acuerdos, ya que, nos dirá la Resolución de 8 de febrero de 1975, ‘eso supondría una intromisión en las relaciones del Consejo)’”.¹¹

En cuanto a la necesidad de concurrencia al otorgamiento y firma de la escritura por parte de los nuevos socios, la fundamentación se encuentra en la propia naturaleza del acto jurídico instrumentado y de la calificación notarial de la escritura, ambos ya desarrollados *supra*. Si, como se considera, la incorporación del socio a la cooperativa se efectúa con el otorgamiento de la escritura y no con el acuerdo de la Asamblea General, pero además en la escritura se suscribe su adhesión al contrato asociativo base pues la necesidad de su comparecencia por sí o a través de apoderado resulta imprescindible.

Un aspecto, sin embargo, a considerar es la necesidad de la concurrencia del cónyuge de los nuevos socios a fin de ratificar el acto instrumentado. Su presencia y ratificación en la escritura es también imprescindible de conformidad con el régimen económico matrimonial previsto por nuestra legislación y también por el dictado del Artículo 36 del Código de Familia que establece que “ninguno de los cónyuges podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad matrimonial sin el previo consentimiento del otro [...]”. Lo que no parece tan pacífico es a qué consecuencias tiene su asentimiento.

La solución se torna muy sencilla si el cónyuge concurre a los únicos efectos de declarar que el dinero o los bienes que el nuevo socio aporta a la cooperativa tienen la naturaleza de privativos conforme a la calificación que de estos hace el Artículo 32 de la ley familiar, mas, de no ser así, qué efectos tendría su declaración de que se trata de bienes en mancomunidad y su asentimiento para el acto.

11 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “Elevación a público”, *cit.*

La primera respuesta es que debería adquirir también la condición de socio, esta es una consecuencia lógica partiendo del Artículo 30.2 del Código de Familia¹² y de cuando se analizan los otros negocios en que se obtiene el asentimiento conyugal para la disposición, así si un cónyuge consiente la compra de un bien con dinero de la comunidad matrimonial ese bien pasará a considerarse *ipso facto* un bien común, siguiendo la analogía si el aspirante a socio hace el aporte con dinero o bienes de la comunidad y el cónyuge consiente entonces el resultado de la erogación deberá también considerarse un bien común. Empero la de socio de una cooperativa no es una condición de mero contenido patrimonial sino que tiene aparejadas condiciones de índole personal (Artículo 10.1 del Decreto-Ley No. 305/2012) que se valoran por la Asamblea General además del deber de trabajar en la cooperativa (*cfr.* Artículo 29, inciso b), del Decreto No. 309/2012), de lo cual se deduce que el asentimiento del cónyuge para la aportación de un bien común por parte de un aspirante de socio no le otorga automáticamente tal condición.

Otra respuesta posible es que lo que se convierte en común son las utilidades que el socio obtenga, pero esta respuesta es, por evidente, insatisfactoria. Los anticipos y las utilidades que le corresponden al socio de una cooperativa se generan por el trabajo aportado (*cfr.* artículos 28, inciso b), 58 y 60 del Decreto No. 309/2012) por lo cual, en virtud del Artículo 30.1 del Código de Familia¹³ siempre se considerarán bienes comunes a los anticipos y utilidades, independientemente de la naturaleza privativa o mancomunada del aporte al capital de trabajo que realice el socio.

La única consecuencia que se puede deducir de la declaración sobre el carácter común del aporte inicial es la naturaleza que se le den a los bienes que obtenga el socio producto de la disolución de la cooperativa. Partiendo de que la ley no establece que los bienes restantes del proceso de liquidación de la cooperativa se repartan entre los socios, esta posibilidad habrá de disponerse en sede estatutaria. Ahora bien, de realizarse es de deducir que tendrán estos bienes serán mancomunados si el aporte inicial se hizo con dinero o bienes de la comunidad matrimonial o carácter de bien privativo si el aporte inicial también tenía esa naturaleza.

12 Artículo 30: “A los efectos del régimen que se establece en el artículo anterior, se considerarán bienes comunes los siguientes:

[...] 2) los bienes y derechos adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad o para uno de los cónyuges”.

13 Artículo 30: “A los efectos del régimen que se establece en el artículo anterior, se considerarán bienes comunes los siguientes:

1) los salarios o sueldos, jubilaciones, pensiones u otra clase de ingreso que ambos cónyuges o cualquiera de ellos obtenga durante el matrimonio, como producto del trabajo o procedente de la seguridad social”.

Lo cierto es que la concurrencia del cónyuge a la escritura, ya sea para declarar que los bienes o el dinero del aporte inicial tienen carácter de privativos o para brindar su asentimiento si se trata de bienes en mancomunidad, es una exigencia de la legislación familiar y por ende ha de ser una pauta instrumental. Si bien esta declaración o asentimiento pueden estar contenidos en instrumento independiente.

3. Los antecedentes del acto y la parte expositiva de la escritura: el acuerdo de la Asamblea General

El antecedente principal del acto jurídico que se instrumenta lo constituye, sin duda, el acuerdo de la Asamblea General. Recordemos que el Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado señala, al regular la incorporación de socios, que *“(c)orresponde a la Asamblea General aprobar su incorporación lo que se formaliza mediante escritura pública”*. Lo cual no significa, como se ha analizado, que la escritura pública se limite a dar naturaleza de público a un acto privado (el acuerdo) pero no se puede negar que este acto de incorporación, que se formaliza *ad substantiam* en la escritura, tiene su presupuesto en ese acuerdo y que será sobre la base de aquel que este se celebra y suscribe.

Este antecedente imprescindible y fuerte nos hace cuestionarnos sobre dos pautas instrumentales importantes en relación con la parte expositiva de la escritura a redactar. Primero, cómo se acredita el acuerdo y qué papel desempeña esa acreditación y, segundo, el control de legalidad con relación a la validez de los acuerdos.

En cuanto a la acreditación del acuerdo de la Asamblea General, la manera más frecuente es una certificación del acuerdo, pero no es la única manera en que puede acreditarse. También constituyen variantes el libro de actas de la cooperativa donde consta el acta de la reunión de la Asamblea General en la que adoptó el acuerdo e incluso que el Notario haya presenciado la toma del acuerdo al haber acudido a la reunión de la asamblea en cuyo caso no es necesaria la redacción de un acta de junta y a continuación la de una escritura sobre incorporación de socios, sino que simplemente en la parte expositiva de la escritura expone que ante él se adoptó el acuerdo por parte de la Asamblea General de conformidad con lo establecido por sus estatutos.

Esta variedad de formas de acreditar el acuerdo es importante tenerla en cuenta, pues al ser la certificación la más frecuente, no en pocas ocasiones

se le brinda a esta un rol tan protagónico que opaca incluso al de la propia escritura. La certificación o cualquiera de las otras formas descritas tienen una única función: demostrar que se ha adoptado el acuerdo de incorporación por parte de la Asamblea General. No pueden ser consideradas ni tan siquiera minutas de la escritura, mucho menos sujetar la redacción de la escritura a lo expresado en la certificación.

Los notarios debemos tener dos ideas muy claras en la redacción de la escritura analizada. En primer lugar, el instrumento que autorizamos no es una protocolización de la certificación, que se realiza en escritura por fuerza de la costumbre.

Esta concepción, por increíble que parezca, está muy extendida y no solo entre los notarios cubanos. Así lo hace ver la Resolución de 7 de diciembre de 1956 de la Dirección General de Registros y del Notariado de España, cuyo análisis considero muy pertinente para contrarrestar esta generalizada e incorrecta práctica. El caso en cuestión por la dirección era una escritura de elevación a público de acuerdos sociales donde la redacción del Notario era la siguiente: “DICE: Que la Junta de socios [...] en sesión celebrada [...] acordó adaptar los Estatutos [...] El señor compareciente me entrega certificación que uno a esta escritura matriz, llamando su testimonio a este lugar de las copias que de la misma se libren”. El registrador mercantil denegó la inscripción por estimar que el documento notarial así redactado no tenía mayor alcance que el de protocolizar de un documento privado y que, en consecuencia, no hay especial otorgamiento de ninguno de los actos a que hace referencia el certificado de la junta, la dirección confirmó con la referida resolución la nota del registrador con las consideraciones siguientes:

Que aun admitida la práctica de incorporar a las escrituras matrices documentos no ya complementarios, sino fundamentales en el otorgamiento de que se trate, práctica no recomendable en todos los casos, desde luego, dicha admisión, no obstante, ha venido lógicamente condicionada por rigurosas limitaciones con el fin de evitar que, por temeraria simplificación de la mecánica notarial, se quebrante el esquema conceptual del instrumento y pierda este su fuerza, y aun su razón de ser, al traspasar a dichos apéndices lo que tiene lugar adecuado en el cuerpo de la escritura, para poder recibir en ella precisamente la virtud del otorgamiento y autorización; [...] palabras estas que conservan toda su vigencia y descubren la pobre contextura que el Notario ha dado al acto unilateral modificativo por adaptación legal de la Sociedad, el cual, por su propia naturaleza, exigía tan rigurosa formalidad como el de constitución [...] contextura tan endeble

que amenaza con dejar desvanecida la materialidad de la declaración de voluntad del otorgamiento.

Considerando que en el caso planteado la redacción de la escritura ha seguido un esquema imperfecto [...] con lo que la función del Notario, funcionario público profesional del Derecho, que debe redactar los instrumentos públicos “interpretando la voluntad de los otorgantes, adaptándolas a las formalidades jurídicas necesarias para su eficacia”, parece quedar rebajada en acto de tanta trascendencia como el contemplado y casi reducida a la redacción de un acta unida a un testimonio.

Lo segundo, parte de lo ya expuesto de que es la escritura y no la certificación del acta la que adquiere todo el protagonismo en la incorporación de un nuevo socio a la cooperativa. Por lo cual, podrá autorizarse la escritura sin existir certificación del acta siempre que pueda acreditarse el acuerdo de otra forma, pero aun existiendo certificación, el Notario podrá redactar y elaborar la escritura sin incorporar la certificación, pues esta es documento que ha de tomar como base, que podrá o no incorporar, según lo estime conveniente conforme a la técnica notarial. Esta facultad discrecional del Notario ha de ser respetada por los registradores mercantiles, quienes no pueden exigir que como pauta instrumental el Notario reproduzca o incorpore la certificación a la escritura, así lo entiende también Lora-Tamayo, para quien “(e)l Registrador Mercantil para practicar la inscripción, si el Notario no ha incorporado la certificación, no podrá, a nuestro juicio, reclamar esta alegando serle necesaria para la calificación cuando el Notario, apoyándose e identificando el acta o la certificación referida, ha hecho constar en la escritura los requisitos y circunstancias del acuerdo exigidos por la legislación mercantil sustantiva y el Reglamento del Registro Mercantil”.¹⁴

Por su parte, el control de legalidad con relación a la validez de los acuerdos constituye una acción fundamental a realizar por el Notario previa a la redacción de la escritura. Al Notario no le basta con elaborar el instrumento, sino que, de conformidad con el dictado del inciso ch) del Artículo 10 de la Ley de las Notarías Estatales, le corresponderá calificar la legalidad del acto jurídico, así como de los hechos, actos o circunstancias contenidos en el documento notarial de que se trate, cerciorándose de que estos se ajusten a los requisitos exigidos para su autorización. Este control de la legalidad negocial es la base de la presunción de validez de la que goza el negocio documentado.

14 Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “Elevación a público...”, cit.

Este control de la legalidad en relación con la incorporación de un nuevo socio a una cooperativa deberá dirigirse a dos cuestiones esenciales: verificar si el acuerdo de la Asamblea General se adoptó conforme con lo establecido en los estatutos de la cooperativa y si el nuevo socio reúne las condiciones exigidas por la legislación para tal condición, más específicamente los recogidos en el Artículo 10.1 del Decreto-Ley No. 305/2012. Ambas acciones deberán quedar plasmadas en la parte expositiva de la escritura, en relación con la primera, el Notario deberá consignar todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez del acuerdo (*V.gr.* fecha de la adopción del acuerdo, lugar de la reunión de la Asamblea General, quórum de la asamblea, tipo de reunión (ordinaria o extraordinaria), quién presidió la reunión, etc.), en cuanto a las condiciones del socio incorporado también debe consignarse que es mayor de edad, que reside en Cuba con carácter permanente, extremos ambos que el Notario debe verificar, y su declaración de estar apto para realizar las labores productivas que constituyen la actividad de la cooperativa, así como poseer la capacidad requerida para el desempeño de las funciones asumidas.

4. La firma del contrato asociativo base y la incorporación

Tras reflejar en la parte expositiva de la escritura la calificación de la legalidad del acuerdo de la Asamblea General y la aptitud del aspirante a socio conforme con los requisitos exigidos legal y estatutariamente, la parte dispositiva ha de contener el acto jurídico de incorporación el que básicamente se compone de dos partes: la suscripción del contrato asociativo base y la recepción como socio por parte de la cooperativa.

Nótese que este orden es importante porque refleja el *iter* negocial, el aspirante es autorizado o aprobado en sus condiciones por la Asamblea General para ingresar como socio a la cooperativa, lo cual es un requisito habilitante para el negocio de incorporación pero no es el negocio como ya vimos, luego el aspirante ha de suscribir el contrato asociativo asumiendo los derechos subjetivos y las obligaciones que de este se derivan, el primero de los cuales es precisamente su incorporación como socio, condición en que ha de investirlo la cooperativa en la escritura por medio de su representante orgánico o voluntario.

Dos notas sobre la suscripción del contrato asociativo base de la cooperativa. Como ya hemos señalado, dicho contrato se clasifica entre los de sociedad regulado en el Código Civil, esta característica lo ubica dentro de la

polémica categoría de los contratos plurilaterales que como rasgo esencial y diferenciador tienen que, a diferencia de los bilaterales, no están limitados a sus contratantes iniciales sino que admiten el ingreso de nuevas partes o el retiro de las iniciales. Por lo que esta incorporación posterior tiene en principio el mismo contenido del contrato original, el socio incorporado ha de emitir sendas declaraciones de voluntad que se dirigen a expresar la incorporación del declarante a la cooperativa, a aportar a ella el importe de la participación que ha de corresponderle en el patrimonio, y a aprobar el estatuto que ha de regir la vida social, estos tres puntos son el contenido de la suscripción del contrato asociativo y son los mismos para los socios fundadores que para los incorporados.

Estas notas sustantivas nos arrojan, ya en sede notarial, la interrogante de si la escritura de incorporación no podría concebirse como un otorgamiento sucesivo de la escritura de constitución pues en definitiva se estaría suscribiendo el mismo contrato asociativo pero en momentos e instrumentos diferentes como permite la peculiar naturaleza de este acto jurídico, lo cual se corresponde con la definición dada de estos otorgamientos sucesivos. Para Pérez Gallardo y Lora-Tamayo “los llamados otorgamientos sucesivos operan cuando un negocio jurídico se ha formado *ex intervallo temporis*, propio de los contratos concertados entre ausentes, o por otras circunstancias *ad. ex.* la ratificación del *dominus* del negocio concertado entre el tercero y el gestor. En ellos se utiliza la llamada adhesión, en sentido instrumental, formal, entendido como ‘la integración subjetiva del negocio a posteriori’, la adquisición de la cualidad de parte en instrumento público distinto y posterior al principal, o en el mismo instrumento principal, pero en acto y contexto sucesivo posterior y diferenciado”.¹⁵ Ciertamente la concepción de otorgamientos sucesivos no está prevista para los contratos plurilaterales sino para los contratos bilaterales o unilaterales donde falta alguna voluntad para que el contrato en cuestión sea perfecto, en este caso el contrato de sociedad sería plenamente perfecto, válido y eficaz aunque sin duda la declaración de voluntad emitida en la escritura de incorporación sea adhesiva a la emitida en la escritura de constitución, así, si técnicamente no podríamos hablar de otorgamientos sucesivos, sí estaríamos claramente en presencia de un instrumento de naturaleza relacionada.

15 Leonardo Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez: “Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano”, en *Derecho Notarial*, t. II, bajo su coordinación, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 326.

5. Principales reservas y advertencias legales

Para Tamayo Clares las reservas y advertencias legales son “prevenciones que deben hacer los notarios para que los otorgantes queden informados sobre la significación y alcance de sus actos y cumplan determinados requisitos posteriores derivados del otorgamiento”.¹⁶ Siendo así, veamos cuáles son las materias primordiales sobre las que el Notario ha de advertir en el otorgamiento de la escritura en análisis.

La primera que salta a la vista es la necesidad de la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil. Esta advertencia es una exigencia que le impone al Notario el Artículo 10.1 del Decreto-Ley No. 226/2001 cuando establece que “(e)l Notario que autorice documentos sujetos a inscripción en el Registro Mercantil consigna en estos, la advertencia de la obligación de dicha inscripción y el término que se dispone para realizarla”. Ahora bien, aunque esta advertencia es probablemente la que primero vendría a la mente de cualquier fedatario su sustento legal es digno de un pequeño análisis y cuestionamiento.

Si revisamos el articulado, tanto del Decreto-Ley No. 305/2012 y del Decreto No. 309/2012, ambos relativos a las cooperativas no agropecuarias, como del Decreto-Ley No. 226/2001 y de la Resolución No. 230/2002 rectores de la actividad del Registro Mercantil, notamos que no existe precepto alguno que disponga la obligatoriedad de la inscripción de la escritura que analizamos, o sea, dicha inscripción no es, al menos expresamente, preceptiva.¹⁷

¿Cómo entonces sostenemos que la inscripción en el Registro Mercantil es la principal advertencia que debe realizar el Notario en la escritura sobre incorporación de nuevos socios? Creo que la respuesta está en la naturaleza de la cooperativa como sujeto inscribible en el supracitado registro.

La cooperativa se concibe como una forma asociativa sustentada en el trabajo y la cooperación de sus socios,¹⁸ por lo que la identidad de estos es

16 Manuel Tamayo Clares: *Temas de Derecho Notarial*, quinta edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, p. 161.

17 En sede de cooperativas no agropecuarias solo se establece la necesidad de la inscripción en el Registro Mercantil para su constitución (*cf.* Artículo 14 del Decreto-Ley No. 305/2012 y Artículo 23 del Decreto No. 309/2012) y para la modificación estatutaria (*cf.* Artículo 23 del Decreto No. 309/2012).

18 Así se puede resumir de las definiciones dadas por la doctrina: “un supuesto asociativo de signo negativo, en el que se elimina al intermediario, gracias a la eliminación del empresario capitalista; el beneficio neto de la actividad de la cooperativa se produce en sus miembros, que lo perciben en el ‘retomo’ en proporción a las operaciones, servicios, o actividad desarrollada por cada uno. La cooperativa está llamada, pues, a operar con sus miembros

elemento fundamental y definitorio de la persona jurídica. En esto se distingue de la sociedad anónima en la que es irrelevante la identificación de los socios e incluso puede sostenerse que en la cooperativa esta identificación resulta más esencial que en las sociedades personalistas o de responsabilidad limitada. Por eso, si la cooperativa ha de comunicar al Registro Mercantil de cualquier acto manifiesto que modifique sustancialmente su estatus jurídico-económico (*cf.* Artículo 12.1 del Decreto-Ley No. 226/2001¹⁹), se deduce que la variación de sus socios, tanto por incorporación como por pérdida de esa condición, ha de ser materia inscribible.

Una segunda advertencia que debe consignar el Notario, y que esta vez sí se encuentra preceptivamente en la normativa, es la obligación del órgano de administración de la cooperativa de inscribir a los nuevos socios en el Registro Nacional de Seguridad Social, que obra en la Filial Municipal del Instituto Nacional de Seguridad Social correspondiente al domicilio social de la cooperativa.

Esta obligación está dispuesta por los artículos 5 y 6 del Decreto-Ley No. 306/2012, “Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias” de 17 de noviembre. La propia norma establece quién es el responsable de dicha inscripción, el lugar de cumplimiento y los documentos a presentar para dicha inscripción entre los que, asombrosamente, no aparece la escritura notarial sino certificación expedida por el órgano de administración de la cooperativa que avale su condición. En este punto particular creo errada la regulación, pues es la escritura notarial el documento legitimador y habilitante que le concede al nuevo socio tal condición y por ende prueba insustituible de esa concesión.

Otra obligación que debe consignar el Notario como advertencia es la inscripción del cooperativista en el Registro del Contribuyente de la Oficina Nacional de la Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal,

de suerte que los cooperativistas vienen a ser empresarios de sí mismos”. (Manuel de la Cámara Álvarez: *Estudios de derecho mercantil*, vol. I, segunda edición, Edersa, Madrid, 1977, p. 256); “[...] la cooperativa es una empresa que gestiona exclusivamente los intereses de sus socios, que son los que reciben directamente los resultados de tal actividad en su propio patrimonio, y porque el resultado es suyo, lo reciben en proporción a las operaciones que con la cooperativa han realizado”. (Francisco Manrique Romero y José Manuel Rodríguez Poyo-Guerrero: “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, en *Revista de Derecho Notarial*, números CIX-CX, julio-diciembre de 1980, p. 65.)

19 Artículo 12.1 del Decreto-Ley No. 226/2001: “*Es obligatorio para los sujetos inscribibles, la inscripción de los acuerdos o de los actos que modifiquen o alteren los asientos practicados [...]*”.

lo cual se establece en el Artículo 11 del citado Decreto-Ley No. 306/2012.

Como reservas se le podría instruir al nuevo socio de sus principales derechos y deberes, tal y como están establecidos en la legislación y en los estatutos de la cooperativa en la cual ingresa.

6. A modo de conclusiones

Con relación al documento de constitución de las cooperativas el ilustre Notario de Madrid, Antonio Rodríguez Adrados, señalaba: “Solo si este documento es un instrumento público notarial no necesitará ser probado, sino que se probará a sí mismo; logrará que aquellos consentimientos, su autoría, su fecha, y, en general, todos los hechos que los rodean, sean establecidos auténticamente por el mismo documento; gozará de una presunción general de validez, de legalidad; llevará aparejada ejecución en cuanto a las aportaciones prometidas; será título de tráfico; constituirá el verdadero título a efectos del Registro; y, en fin, logrará la plena adecuación de los propósitos individuales a los paradigmas legales y a los intereses superiores del ordenamiento en virtud de esa labor profesional del Notario”.²⁰

Tras haber hecho un somero análisis sobre la calificación notarial de la escritura por medio de la cual una cooperativa incorpora a un nuevo socio y sobre las pautas instrumentales que dicha calificación le impone a la redacción del instrumento, cabe señalar como principal conclusión, y en conjunción con las palabras de Adrados, la necesidad insoslayable de que esta incorporación, ese acto jurídico, sobrepase el ámbito privado del acuerdo de la Asamblea General y se convierta en un acto revestido de fe pública.

Esta conclusión, no obstante, es necesario entenderla a cabalidad, el cambio de naturaleza de un acto jurídico (de privado a público) no se da por el simple hecho de verter el contenido del papel común al papel matriz, no se trata de una protocolización por escritura sino de un cambio de autoría. Núñez Lagos²¹ nos dirá que la autoría del documento –que no de la declaración– es la que marca la diferencia entre el documento público y el privado. Precisamente por ser en el documento público su autor una persona pública se produce una imputación auténtica de todo su contenido, una paternidad

20 Antonio Rodríguez Adrados: “La función notarial...”, *cit.*, p. 215.

21 *Vid.* Rafael Núñez Lagos: *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950, pp. 50-55; *apud.* José González Palomino: “Negocio jurídico y documento (Arte de llevar la contraria)”, conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Valencia el 3 de junio de 1950, en *Estudios jurídicos de arte menor*, Vol. III, Madrid, 1976, p. 191.

legítima solo atacable por falsedad, lo que pone énfasis en que para que el documento se reputa público y la forma del negocio adquiera tal condición es indispensable una asunción por el Notario de la autoría del mismo.

Si estas notas son indispensables para entender la elevación a público de un documento privado, cuanto más lo serán para un acto que se formaliza ante Notario y que no existe previo al otorgamiento de la escritura más que como expectativa.

El Notario es quien dicta las pautas instrumentales de sus documentos pues es no solo el fedatario sino y, antes que eso, el creador, el conformador, el documentador del instrumento público, no es un copista es un autor. Entender esa realidad no solo nos dará a los notarios una noción concienzuda de nuestro trabajo sino que le brindará a los nuevos socios y a la cooperativa misma la certeza que brota del quehacer notarial, pues como se lee en la exposición de motivos de la antigua ley española de cooperativas (Ley No. 52/1974): “[...] se introduce la escritura pública cuya presencia, en momentos de especial relevancia para la vida de la cooperativa, dará precisión jurídica y solemnidad documental a los actos correspondientes, tanto para la seguridad de los socios como de los terceros con los que tiene que relacionarse en su vida económica”.

Bibliografía

Fuentes doctrinales

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL: *Estudios de derecho mercantil*, Vol. I, segunda edición, Edersa, Madrid, 1977.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL Y JOSÉ MARÍA DE PRADA GONZÁLEZ: “Sociedades comerciales”, en *Revista de Derecho Notarial*, números LXXXI-LXXXII, julio-diciembre de 1973.

GIRÓN TENA, JOSÉ: *Derecho de sociedades*, t. 1, parte general, “Sociedades colectivas y comanditarias”, GT, Madrid, 1976.

GONZÁLEZ PALOMINO, JOSÉ: “Negocio jurídico y documento (Arte de llevar la contraria)”, conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Valencia el 3 de junio de 1950, en *Estudios jurídicos de arte menor*, Vol. III, Madrid, 1976.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO J.: *Teoría de los contratos*, t. 5, Zavalía editor, Buenos Aires, 1995.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO: “Elevación a público de los acuerdos sociales”, conferencia pronunciada en la Academia sevillana del notariado

el día 6 de febrero de 1992.

- MANRIQUE ROMERO, FRANCISCO Y JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ POYO-GUERRERO: “La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico”, en *Revista de Derecho Notarial*, números CIX-CX, julio-diciembre de 1980.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1950.
- PACHIONI, GIOVANNI: *Diritto civile italiano*, 2^a-II, capartado X, 5-12, Padova, Cedam, 1939.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO: *Derecho Notarial*, sexta edición, Editorial Porrúa, México, 1995.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO: “El *nomen iuris* del acto o negocio jurídico, hecho o circunstancia, contenidos en los documentos públicos notariales”, versión digital facilitada por el autor.
- PÉREZ GALLARDO, LEONARDO E ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ: “Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano”, en *Derecho Notarial*, t. II, bajo su coordinación, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: “La función notarial y la constitución de las cooperativas. (A propósito del Proyecto de 1980)”, en *Revista de Derecho Notarial*, número CVIII, abril-junio de 1980.
- TAMAYO CLARES, MANUEL: *Temas de Derecho Notarial*, quinta edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.

Fuentes legales

- Código Civil de la República de Cuba, anotado y concordado, Ley No. 59/1987 de 16 de julio, vigente desde el 13 de abril de 1988, edición a cargo de Leonardo B. Pérez Gallardo, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código de Familia de la República de Cuba, Ley No. 1289/1975 de 14 de febrero, vigente desde el 8 de marzo de 1975, publicación de Legislaciones, Vol. VI, Editora del Ministerio de Justicia, La Habana, 1975.
- Ley de las Notarías Estatales de la República de Cuba, Ley No. 50 de 28 de diciembre de 1984, editada por el Ministerio de Justicia, mayo de 1986.
- Ley General de Cooperativas, Ley No. 52/1974 de 19 de diciembre, Boletín Oficial del Estado, número 305, de 21 de diciembre de 1974.
- Decreto-Ley M 226/2001 de 6 de diciembre, “Del Registro Mercantil”.

- Decreto-Ley M 305/2012 de 15 de noviembre, “De las cooperativas no agropecuarias”, en *Gaceta Oficial* No. 053, extraordinaria, de 11 de diciembre de 2012.
- Decreto-Ley M 306/2012 de 17 de noviembre, “Del régimen especial de seguridad social de los socios de las cooperativas no agropecuarias”, en *Gaceta Oficial* No. 053, extraordinaria, de 11 de diciembre de 2012.
- Decreto No. 309/2012 de 28 de noviembre, “Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado”, en *Gaceta Oficial* No. 053, extraordinaria, de 11 de diciembre de 2012.
- Resolución M 230/2002 de 29 de octubre del Ministerio de Justicia, “Reglamento del Registro Mercantil”.

Relatoría de la XIII Jornada Internacional del Notariado cubano

Teniendo como centro aquella máxima martiana que nos impone el culto a la dignidad plena del hombre, durante los días 7 y 8 de noviembre de 2018 se realizó en La Habana, Cuba, la decimotercera Jornada Internacional del Notariado cubano, la que en esta oportunidad tuvo como eje central la aplicación por el Notario de las convenciones internacionales sobre los derechos del niño y de las personas con discapacidad.

La conferencia inaugural estuvo a cargo del MSc. Homero Acosta Álvarez, secretario del Consejo de Estado de la República de Cuba quien disertó sobre los derroteros del actual proceso de reforma constitucional que vive nuestra nación. El conferencista señaló la importancia cardinal que reviste para Cuba la promulgación de una nueva Carta Magna que, sin desconocer los principios y valores esenciales que sustentan la sociedad cubana, se adapte a los nuevos tiempos que corren en nuestro país. En este sentido se enfatizó, entre otros aspectos, en la mayor protección que se brindará a la familia como célula fundamental de la sociedad, a los menores de edad y a las personas con discapacidad.

Seguidamente fueron impartidas tres conferencias magistrales. La primera de ellas abordó el impacto de las grandes convenciones internacionales sobre derechos humanos (DH) en la función notarial, resultando necesario un cambio de mentalidad de los notarios para asesorar en aras de la inclusión de personas en situación de vulnerabilidad bajo la protección que le confieren estas convenciones, en tanto resulta el fedatario público garante del ejercicio de sus derechos. La segunda de las conferencias versó sobre el consentimiento informado y el juicio de capacidad a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, enfatizándose la necesidad de cambiar el *sistema sustitutivo* al de *apoyos*, tarea para la cual los notarios de tipo latino según sus funciones se erigen como personas idóneas, pues la función notarial está adaptada al ánimo e intención de las convenciones de DH en aras de garantizar la igualdad y la dignidad de las personas. El último de los conferencistas de la sesión matutina reflexionó sobre la posibilidad del control de convencionalidad de las normas internas por parte de los notarios, y sobre la pertinencia o no, de aplicar directamente la convención por parte del fedatario, sobre la base del interés superior del menor y los principios de capacidad y autonomía progresivas.

La sesión vespertina del primer día inició con el interesante tema de la relación entre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la tutela judicial efectiva; para lo cual se ofreció la importante visión desde las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo cubano, en las que se destaca la necesidad de que en todo proceso en que se ha de discernir sobre la capacidad jurídica de las personas haya que tener en consideración los postulados convencionales, de manera particular el principio de dignidad. A su vez, se destacó que, en cuanto al divorcio notarial, las convenciones sobre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, la guarda y cuidado, el régimen de comunicación y la pensión alimenticia suelen ser redactadas, en ocasiones, con ligereza por los notarios siendo pertinente que el fedatario público realice el control de legalidad velando por el interés superior del niño. Se ratifica así, el rol de la Convención de los Derechos del Niño como un cambio radical de paradigma con relación con la visión sobre los menores de edad, los cuales pasaron de ser vistos como objeto de protección para ser concebidos como sujetos de derechos. Dentro de los principios cardinales de este instrumento se encuentra el de interés superior del niño, el cual es un concepto indeterminado y subjetivo que debe valorarse en el caso concreto y que comporta siempre decidir en favor de los derechos para el menor de edad. En igual orden se suscribió que, para que las convenciones a las que arriban los padres en la escritura de divorcio sean conformes con los principios y postulados de la Convención de los Derechos del Niño es ineludible crear instrumental y materialmente las condiciones para la escucha del menor de edad.

Para cerrar la sesión vespertina del primer día de la jornada, se abordó la repercusión de la aprobación de la ley de jurisdicción voluntaria en España lo que supuso el traspaso de múltiples asuntos de la tradicional sede judicial a la sede notarial. Tras su entrada en vigor, la interrogante sobre su constitucionalidad era asunto frecuente, con lo cual se cuestionó la participación del Notario en la protección de menores e incapacitados en esta sede.

El segundo día de la jornada, inició con el interesante debate sobre la protección de las necesidades de las personas con discapacidad a través de la prevención instrumental de su sobrevenida. De esta forma se señaló que atendiendo a los paradigmas que defiende la Convención surge la figura de los *apoyos* que deja a un lado el mecanismo que hoy nos impone la tutela. En otro orden se discurrió sobre la necesidad de realizar un estudio de las complejidades que se aprecian hoy en la partición de la herencia ante Notario público, principalmente ante la constatación de la existencia de coherederos menores de edad y con discapacidad. Para ello se señalaron propuestas de nuevas reglas a considerar en materia de división convencio-

nal de la herencia ante las disquisiciones que genera la representación, las complejidades del acto partitivo y la posible utilización de los patrimonios de afectación.

Sobre la actuación notarial en la instrumentación de actos que comprenden derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, se señaló que el Notario puede desde su ejercicio, aplicar las convenciones implementando medidas de apoyo. Este planteamiento fue reforzado a partir del análisis de una trascendental sentencia del Tribunal Supremo cubano, que impone a los notarios pautas para la autorización de instrumentos ante comparecientes discapacitados con un sistema de apoyo establecido, que en el caso de Cuba podría ser la curatela.

A su vez, se destacó la posibilidad de que las personas con discapacidad y los adultos mayores en el ámbito cubano pueden en sede notarial instrumentar contractualmente la obligación de dar alimentos. Autorizar este singular negocio jurídico ofrece garantías en cuanto al asesoramiento que ofrece el Notario y la seguridad encaminada a surtir efectos en el tráfico jurídico, lo que contribuye a evitar fraudes o simulaciones que se pueden cometer en perjuicio de acreedores y legitimarios, pudiendo además adquirir la forma de contrato a favor de terceros. En cuanto a la autoprotección, se subrayó que esta encuentra sus fundamentos jurídicos en los derechos inherentes a la personalidad, con especial relevancia los relativos al derecho a la vida, a la integridad física, y a la libertad. Por lo cual desde los actos preventivos de la propia discapacidad o incapacidad, la persona, en correspondencia con sus deseos y creencias personales, podrá protegerlos. En cuanto a la utilidad de los poderes preventivos se suscribió que estos tienen como principal fundamento la voluntad de la persona que prevé su futura incapacidad, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, siendo el propio sujeto el que determina el momento a partir del cual el poder preventivo comenzará a desplegar sus efectos.

La jornada cerró con un interesante panel dedicado al fenómeno del envejecimiento poblacional, lo que plantea importantes retos para el Derecho y en los cuales el Notario puede ocupar un lugar protagónico. Es así como, el Derecho Civil es el principal reservorio de los derechos de las personas, en este caso de los adultos mayores, a quienes habrá de respetarse los principios de autonomía, independencia, participación y respeto a la dignidad. La instrumentación de mecanismos de autoprotección constituye una eficaz vía para salvaguardar los derechos de los adultos mayores conforme a un eficiente asesoramiento y técnica jurídica.

Como “cierre de oro” el cónclave culminó con la presentación del libro *El Código Civil cubano, 30 años después* que coordinase el profesor Leonardo

B. Pérez Gallardo, texto que fuera calificado como excelente y de suma utilidad, que mezcla saberes y experiencias diversas, y que constituye sin duda un merecido homenaje al trigésimo aniversario de la norma sustantiva civil patria.

Cierra así la decimotercera Jornada Internacional del Notariado cubano, que tomando como centro la dignidad de la persona, destacó la importancia de cambiar las reglas ante los nuevos paradigmas que imponen a la actuación notarial las convenciones internacionales sobre los derechos del niño y de las personas con discapacidad; expresión de ello fue la propuesta de promover un protocolo conjunto de actuación, entre el MINJUS, el TSP y la ONBC, que permita alcanzar una protección eficaz e integral de estos sectores vulnerables. Vuelven entonces a recordarse las palabras del Apóstol, sobre las que en estos tiempos no puede dejar de abrevarse cuando señalara que “[...] el que pone de lado por voluntad u olvido una parte de la verdad, cae a la larga por la verdad que le faltó, que crece en la negligencia y derriba lo que se levanta sin ella”.

La Habana, 8 de noviembre de 2018.