

**Conocimiento científico en
función del Derecho**

**Memorias de la
II Jornada Científica
“El Derecho y la Sociedad”**

**Tomo I
Derecho Civil y Familia**

Lic. Yuliesky Amador Echevarria

Lic. Yisell Martí Tramezayguez

(Coordinadores)

Conocimiento científico en función del Derecho
Memorias de la
II Jornada Científica
“El Derecho y la Sociedad”

Tomo I
Derecho Civil y Familia

Lic. Yuliesky Amador Echevarria
Lic. Yisell Martí Tramezayguez
(Coordinadores)

Departamento de Ciencias Jurídicas

Universidad de Artemisa

Julio, 2015

Coordinadores: Lic. Yuliesky Amador Echevarria

Lic. Yisell Martí Tramezayguez

Sobre la presente edición:

Yuliesky Amador Echevarria, 2015.

Yisell Martí Tramezayguez, 2015.

Conocimiento Científico en función del Derecho. II Jornada Científica “El Derecho y la Sociedad”, Tomo I: Derecho Civil y Familia, 2015.

Departamento de Ciencias Jurídicas, UART, 2015.

ISBN

Redacción y administración

Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Artemisa

Reparto Abraham Lincoln, Artemisa, Prov. Artemisa

Teléfono:

(+53) 47-365666

Nota: Los artículos publicados expresan exclusivamente la opinión de sus autoras y autores.

“La docencia universitaria obliga no solo a leer, valorar y tomar posición, respetando o contrarrestando lo que otros opinan, sino que permite apreciar la diversidad y obliga constantemente a la búsqueda de fundamentos para las ideas”.¹

Dra. Martha Prieto Valdés

Profesora Titular y Principal de Derecho Constitucional, Universidad de La Habana, Cuba.

¹ Prieto Valdés, Martha: La defensa de los derechos: una necesidad en cualquier momento, en: El derecho público en Cuba a comienzos del siglo XXI. Homenaje al Dr. Fernando Álvarez Tabío. Coordinado por Ana María Álvarez Tabío y Andry Matilla Correa, Editorial UH, 2011, p. 211.

Índice

Presentación / 7

El matrimonio y el divorcio en sede notarial / 9

Susana Borrego Cruz

Natalia Aguilar Morales

Las Certificaciones del Registro Civil. Estudio para mejorar su expedición / 24

Yasmianys Valdés Hernández

Potencialidades de las Declaraciones Juradas autorizadas ante Notarios y Registradores civiles en los procesos extrajudiciales / 36

Jorge Herodes Hernández Portales

Roxana Correa Esquivel

La figura del concebido no nacido en el Derecho Civil cubano. Alcance de su protección jurídica. Vinculación con la práctica notarial / 43

Yanay López Ferrán

Naively Leyva Pérez

Protección Integral de los derechos de los menores de edad en Cuba. Una mirada desde la provincia Artemisa / 55

María del Pilar Rodríguez Macías

Sudelis López Sierra

El Derecho y la mujer / 66

Gloria M. Márquez Fernández

Contribución del principio de Oralidad al avance en Cuba del Proceso Civil por Audiencias / 74

Deisy Rivera Herrera

Yuliesky Amador Echevarria

Presentación

La realización de un Evento requiere de una dosis alta de esfuerzos materiales y humanos. Lo que para algunos transcurre en 24 horas, para otros ha sido el trabajo de un largo período de infatigable bregar para llevar a los participantes un Programa de actividades que aunque no supla del todo sus intereses profesionales, al menos los acerque a ese objetivo.

El Evento Científico “El Derecho y la Sociedad” nació de la inventiva del claustro de profesores del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa y su primera Edición se realizó en Marzo de 2014. En ese entonces sólo eran 6 los profesores con que contábamos para tan loable empeño; sin embargo, esto no fue excusa para su preparación y realización.

En esta ocasión celebramos de igual forma en el tercer mes del año la II Edición del Evento. Citando al Dr. Andry Matilla Correa, ***“con pasos aún cortos y accidentados, pero con la pretensión evidente de enfilarse hacia mayor firmeza”***². Una base sólida para este esfuerzo colectivo está en la experiencia adquirida en el curso anterior. El claustro de profesores aumentó y con ello el rigor en las actividades preparatorias para esta nueva cita con nuestros Juristas.

Librada la convocatoria provincial desde Diciembre de 2014, y teniendo muy buena acogida dentro del gremio del Sector Jurídico y otros profesionales, este Evento se celebró en la joven Universidad de Artemisa el 26 de marzo de 2015, organizado por el Departamento de Ciencias Jurídicas en coauspicio con la Unión de Juristas de la Provincia.

Durante la jornada de trabajo científico, los participantes divididos en comisiones – Derecho Civil y Familia, Derecho Penal y Derecho de la Empresa- tuvieron la posibilidad de escuchar la presentación de 38 trabajos y una conferencia magistral impartida por el Dr. Danilo Rivero García, profesor a tiempo parcial de la Universidad de la Habana y abogado de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos.

² Matilla Correa, Andry: Cuestiones histórico-jurídicas. I Jornada Nacional de Historia del Derecho. Editorial UNIJURIS, 2014, p. 1.

A partir de toda la experiencia vivida en esta II Edición del pasado mes de Marzo a propósito del mencionado evento científico, nos dimos a la tarea de aunar esfuerzos en pos de publicar buena parte de los trabajos que allí se expusieron, como forma de extender el alcance de esa II Jornada Científica “El Derecho y la Sociedad”, y como vía para seguir divulgando y promoviendo los temas tratados entre la comunidad jurídica provincial. Los mismos aparecen recogidos por temáticas a fin en tres Tomos. El primero de ellos dedicado al Derecho Civil y Familia, el segundo a las Ciencias Penales y Criminológicas, y un tercer Tomo destinado a los trabajos referentes al Derecho de la Empresa.

Queremos finalizar la presentación de esta obra, con las palabras del ya citado Dr. Andry Matilla Correa, un artemiseño ilustre en nuestros predios científicos:

“De ese empeño es que nacen entonces estas páginas que damos al lector; sin mayor pretensión que la de la utilidad, pero con la esperanza de seguir sumando acciones para aportar al debate jurídico nacional - en el que la mirada desde nuestra provincia - ha de ser pieza insoslayable y brújula para encaminarnos en la buena dirección.”

Lic. Yuliesky Amador Echevarria

Coordinador de la Carrera de Derecho
Departamento de Ciencias Jurídicas
Universidad de Artemisa

Artemisa, Julio de 2015

El matrimonio y el divorcio en sede notarial

Susana Borrego Cruz*

Natalia Aguilar Morales**

El matrimonio en Cuba ha sido enmarcado en varias etapas: desde el descubrimiento hasta 1886 se reconoció propiamente el matrimonio religioso católico, desde 1886 hasta 1918 se estableció un sistema mixto religioso, civil y a partir de 1918 se reconoce exclusivamente el matrimonio civil. La figura del Notario como funcionario competente para formalizar el matrimonio aparece a finales del siglo XIX, incorporados a través de las órdenes militares interventoras.

El Divorcio resultó una institución que fue tratada por los órganos judiciales, hasta que en 1937 se vislumbra un primer intento en la legislación cubana, al reconocer al notario como funcionario competente para la formalización del divorcio por mutuo acuerdo; no fue hasta 1994 que en virtud del Decreto Ley 154 que en efecto se transfirió el conocimiento del divorcio por mutuo acuerdo a sede notarial.

El presente trabajo versa sobre lo regulado en el derecho patrio en relación al matrimonio y el divorcio en sede notarial.

1. El Matrimonio.

En Cuba desde el descubrimiento hasta 1886 se reconoció propiamente el matrimonio religioso católico, que resultó una de las instituciones más protegidas por el Derecho, mostrado como paradigma de matrimonio, dando lugar a una profusa legislación en relación a los requisitos para celebrarlo; se estableció el consentimiento paterno para los menores de 25 años, la entrega de dote³ de la mujer, las garantías del marido y las donaciones en ocasión de los esponsales, entre otras. A partir del año 1886 se reconoce un sistema de matrimonio mixto, religioso-civil, hasta que en 1918 se estableció como una única forma de matrimonio el civil.

En sus inicios la formalización del matrimonio civil, requería del cumplimiento de formalidades previas al acto mismo de legalización, al respecto el comentarista del Código Civil español Federico Puig Peña, en su libro “Tratado de Derecho Civil Español hizo sus

*Licenciada en Derecho. Notaria Especialista adscrita a la Dirección Provincial de Justicia, Artemisa.

**Licenciada en Derecho. Registradora de Asociaciones de la Dirección Provincial de Justicia, Artemisa.

³ Conjunto de bienes que aporta la mujer al matrimonio, o adquiere después de casada. (Nota editorial)

valoraciones⁴. Estas formalidades previas, se referían a la institución de los esponsales, a la publicidad del matrimonio y al derecho de oposición al mismo.

En la actualidad la norma que regula esta institución, despojó de formalidades previas al acto mismo de formalización, obviando las promesas pre-nupciales en la fase preparatoria del proyecto matrimonial, así como la publicidad y oposición al matrimonio, quedando reducido el llamado expediente matrimonial a la simple declaración jurada que deben prestar los contrayentes. Esta liberación de formalidades previas al acto no significa en modo alguno, que se excluya la posibilidad de denunciar ante los funcionarios autorizantes, por parte de familiares o terceros interesados, sobre el conocimiento de impedimentos legales que pueden invalidar la formalización, situación esta que no se verifica con frecuencia en nuestros días.

Al promulgarse el código de familia en 1975, deviene este en regulador de todas las instituciones relativas a la familia, entre las que se encuentra el matrimonio, reconociendo la norma sustantiva una conceptualización del matrimonio⁵, que responde jurídicamente a un concepto de familia de nuevo tipo, carente del sentido económico y discriminatorio que primó en la antigüedad.

1.1 El Notario como funcionario autorizante de la formalización y, su instrumentación en escritura Pública.

Según la época, varios han sido los funcionarios facultados o autorizados para que ante ellos se formalice el matrimonio: los sacerdotes de la iglesia católica, jueces municipales, notarios y registradores civiles. En nuestros días notarios y registradores civiles son los funcionarios facultados por excelencia, aunque en determinadas situaciones especiales otras personas por la posición que ocupan, pueden autorizar tal formalización⁶.

⁴ “la etapa preparatoria tiene la característica de poder estar integrada por acontecimientos voluntarios y por diligencias forzosas. Las diligencias necesarias están integradas por la formación del expediente matrimonial, con todos los elementos y circunstancias que lleva consigo...”.

⁵ **Artículo 2.- Ley 1289 Código de Familia.** “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común. El matrimonio sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en la Ley del Registro del Estado Civil”.

⁶ **Artículo 7.- Ley 1289 Código de Familia.** “Los encargados del Registro del Estado Civil y los notarios públicos son los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios con arreglo a las disposiciones de este Código. Los cónsules y vicecónsules de la República son los funcionarios facultados para autorizar, en el extranjero, los matrimonios entre cubanos”.

Artículo 10.- Ley 50 Notarías Estatales. El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes:

l) autorizar la formalización de matrimonios;

Al regular la relación conyugal el Código de Familia utiliza, dentro de sus expresiones terminológicas: matrimonio formalizado; refiriéndose al acto mediante el cual un hombre y una mujer, legalmente y de forma voluntaria, de manera consciente, concurren ante un funcionario facultado para ello, dejando legalizada su decisión de unirse en matrimonio, o dejar legalizado un matrimonio contraído por ellos en fecha anterior retrotrayendo sus efectos, previo cumplimiento en ambos supuestos de todas las diligencias exigidas por la Ley del Registro del Estado Civil.

El artículo 79 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales establece que: “El Notario autorizará las escrituras de matrimonio de conformidad con lo establecido en la legislación para su formalización”. El notario es un funcionario específico, que el propio Estado ha de investir previamente, a fines de su actuación fedataria, el cual imprime certeza, veracidad y autenticidad al acto que formaliza, garantizando la seguridad en el tráfico jurídico del instrumento que lo contiene.

El propio acto de formalización exige la ratificación de los pretendientes del contenido de su declaración jurada ante el funcionario autorizado, quien actuará con la solemnidad y dignidad que el acto requiere por su significación social. Ambos contrayentes comparecerán por sí, o uno de ellos y la persona a quien el ausente otorgue poder especial para representarlo, acompañados de dos testigos⁷, mayores de edad que no pueden ser parientes de estos dentro del segundo grado de consanguinidad.

El funcionario ha de leer los artículos del Código de Familia que se refieren a los deberes y derechos conyugales (artículos del 24 al 28 ambos inclusive) y, ha de preguntar a cada uno de los contrayentes si persisten en la resolución de formalizar su matrimonio y si ambos respondieren afirmativamente, autorizará la escritura, suscribiendo el documento los contrayentes conjuntamente con los testigos y el propio funcionario autorizante.

El notario que autorice la escritura de matrimonio remitirá, dentro de los tres días hábiles siguientes, copia de la misma y el expediente confeccionado al efecto al Registro del Estado Civil que corresponda y consignará al margen de dicha escritura nota con la expresión de la fecha del referido envío y del tomo y folio al que quedó inscripto.

1. 2 La formalización del matrimonio en condiciones normales:

Están autorizados para la formalización del matrimonio en una situación normal dentro del territorio nacional los registradores del Estado Civil, al amparo de lo preceptuado en los

⁷ **Artículo 52.- Ley 50 Notarías Estatales.** “Los testigos intervienen en el documento notarial a los efectos de acreditar, en su caso, el conocimiento de los comparecientes, la veracidad de la actuación notarial o su solemnidad, así como las manifestaciones de los comparecientes”.

artículos 58 y 27 inciso f) de la Ley del Registro del Estado Civil y los Notarios, en virtud de lo regulado en el artículo 10 inciso l) de la Ley de las Notarías Estatales y en el artículo 7 del Código de Familia.

El aludido Código en el párrafo segundo de su artículo 7, faculta a los funcionarios consulares o diplomáticos cubanos en el extranjero para la formalización del matrimonio, en las oficinas consulares de Cuba, con respecto a los matrimonios entre cubanos con residencia en el exterior y entre ciudadanos cubanos y extranjeros.

1.3 Requisitos generales

Los que concurren a formalizar el matrimonio, prestarán ante el funcionario autorizante del acto una declaración jurada, previa advertencia expresa de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir de faltar a la verdad, en ella se hará constar, las generales de cada uno de los contrayentes. A dicha declaración se acompañará, de resultar pertinente, certificación del estado conyugal del contrayente cuyo matrimonio anterior se hubiera extinguido por cualquier causa, autorización de los padres en el supuesto de tratarse de menores de edad y cualquier otro exigido por la ley.

1.4 Requisitos especiales exigibles sólo en situaciones determinadas.

Los requisitos especiales, se verifican cuando personas inmersas en situaciones específicas desean formalizar su matrimonio, requiriendo, además del requisito general de la declaración jurada, que ya abordamos, el cumplimiento de requisitos especiales.

Estas situaciones conciernen entonces a: la formalización del matrimonio del menor; la formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior; la formalización del matrimonio de un ciudadano extranjero con un ciudadano cubano y la formalización del matrimonio por poder.

1.4.1 La formalización del matrimonio del menor de edad.

Se trata de la formalización del matrimonio, en que alguno de los contrayentes o ambos inclusive, no hubieren arribado a los 18 años de edad, siempre que la hembra tenga por lo menos 14 años y el varón 16 años respectivamente cumplidos, supuesto en que se necesita una autorización que el legislador previó con carácter excepcional y por causas justificadas⁸.

El matrimonio es un acto personalísimo y aunque se admite representación voluntaria a través del poder, en este supuesto el menor es el que comparece, obvio que necesita para ello la referida autorización, requisito indispensable para completar la capacidad de los menores en aquellos actos en que se requieran plena capacidad de obrar.

⁸ La excepcionalidad y razones justificadas previstas por el legislador, para la formalización del matrimonio del menor, no son en la práctica observados con la rigurosidad requerida.

Esta autorización se concederá previa a la formalización del acto, y persigue el propósito fundamental de evitar el matrimonio en edades tempranas, proteger al menor de un impulso inmaduro que lo lleve a un matrimonio inconsciente o precipitado, llevando consigo una secuela perjudicial para los contrayentes y la sociedad en general.

Establece taxativamente la norma familiar, quiénes son las personas que pueden conceder esta autorización⁹, incluso previó el legislador el supuesto de que por razones contrarias a los principios y normas de la sociedad socialista, se negare alguno de los facultados a concederla a hacerlo, posibilitando en tales casos la resolución del asunto en la vía judicial.

1.4.2 La formalización del matrimonio de la mujer antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior.

El artículo 62 de la Ley del Registro del Estado Civil en relación con el artículo 6 del Código de Familia, regula el procedimiento en caso de que la mujer viuda, divorciada o cuyo matrimonio haya sido anulado, pretende formalizar nuevo matrimonio antes de transcurrir 300 días de extinguido el matrimonio anterior.

En tal circunstancia el funcionario que autoriza la formalización del matrimonio, prevendrá a la contrayente que deberá acreditar con certificado médico expedido por un centro asistencial estatal, si se halla o no en estado de gestación, documento que se anexará a la escritura matriz para que forme parte íntegra de la misma. Violar el requisito de acreditar el certificado médico, es una infracción que conduce a la nulidad relativa, dado que si transcurrido el plazo de seis meses a partir de su formalización no se ejercita la acción de nulidad que establece la norma familiar, el matrimonio puede quedar convalidado de pleno derecho.

Este examen ginecológico, es una forma de asegurar una presunción legal de paternidad para el primer marido, pues se presume como su hijo a los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de extinción del vínculo matrimonial¹⁰. Obvio que si el certificado es

⁹ El padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos si el otro hubiere fallecido o estuviere privado de la patria potestad; el o los adoptantes cuando el menor hubiese sido adoptado; el tutor, si el menor estuviere sujeto a tutela; los abuelos maternos o paternos, indistintamente, a falta de los anteriores, prefiriéndose a aquéllos que convivan en el mismo domicilio con el menor; uno solo de los facultados, cuando el otro que deba darla conjuntamente con él se vea impedido de hacerlo;

¹⁰ **Artículo 74. - Ley 1289 Código de Familia.** Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio:

1) los nacidos durante la vida matrimonial;

2) los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiera contraído nuevas nupcias.

Las presunciones establecidas en este artículo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6.

positivo, constituirá, como hemos apuntado, presunción de paternidad para el cónyuge del matrimonio extinguido.

No reguló el legislador la dispensa de la presentación o acreditación de este requisito, en el supuesto de que la mujer que pretende formalizar matrimonio en ese plazo y en esa situación, lo quiere hacer con su propio excónyuge; ni sobre la mujer en edad infértil o, en su caso la imposibilitada físicamente de concebir, situaciones que no pocas veces se presentan en nuestras unidades de servicio.

1.4.3 La formalización del matrimonio de un ciudadano extranjero con un ciudadano cubano.

Al ciudadano extranjero residente o no en el territorio nacional que pretenda formalizar matrimonio con un ciudadano cubano, le son exigidos varios requisitos: se identificará con su carné de extranjero o su pasaporte y presentará para la conformación del expediente documento acreditativo de su nacimiento, así como de su estado conyugal de soltero, divorciado o viudo, acreditará su capacidad, de conformidad con su ley personal; mostrará el documento oficial que autorice su estancia en el territorio nacional; autorización del Jefe del Departamento de Notarías y Registros Civiles de las Direcciones Provinciales de Justicia y cumplir cualquier otro requisito resultado de Tratados Internacionales.

La forma de celebración o formalización del matrimonio, se ajustará a la legislación cubana, pues la forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan; las fechas de entrada y vencimiento de la estancia de los ciudadanos extranjeros constituyen elementos para determinar si se encuentran legalmente en el territorio nacional, y por lo tanto, si se debe aceptar o no la promoción.

El Notario competente para formalizar el matrimonio entre un ciudadano extranjero y un ciudadano cubano, resulta el adscrito a las Sociedades Civiles de Servicio Jurídico.

Como funcionario autorizante y, en el ejercicio del control de la legalidad, deberá prestar especial atención, en la fase previa de audiencia personal y de conformación del expediente matrimonial, en aras de evitar la autorización de matrimonios por conveniencia o simulados, que darían al traste con un acto jurídico nulo, considerado en Derecho Notarial como nulidad negocial, no así del instrumento público, siempre que este último cumpla con los requisitos de forma establecidos en la Ley 50 de las Notarías Estatales y su Reglamento, contenido en la Resolución 70 de 1992.

1.4.4 La formalización del matrimonio por poder.

La formalización del matrimonio es considerada como un acto personalísimo, no obstante se admite la representación voluntaria, cuando razones de peso, impiden que uno de los contrayentes pueda estar presente en el acto mismo de formalización. La representación voluntaria exige capacidad legal en las personas del representado y del representante y las razones de la imposibilidad presencial de uno de los contrayentes en el acto de formalización debían ser todas las que de forma fehaciente evidencien y justifiquen esa imposibilidad que puede deberse a una gama de causas diversas: enfermedad, viajes, compromisos laborales inexcusables, dificultades de transportación o locomoción, etc.

Ante la formalización de matrimonio por poder, el fedatario verificará que el documento aportado contiene facultades suficientes para la celebración del acto (juicio de suficiencia), por otra parte el apoderado declarará bajo la responsabilidad en que pudiera incurrir de faltar a la verdad, que el referido poder no le ha sido revocado, suspendido ni limitado en todo ni en parte y que su representado conserva su plena capacidad para obrar y sus derechos civiles, lo que le permite al fedatario comprobar que las facultades subsisten al momento de formalizar el mismo (juicio de subsistencia), anexando el documento en el que consta las facultades de representación a la matriz de la escritura que autoriza.

1.5 La formalización del matrimonio en condiciones especiales:

En situaciones “especiales” se regula el matrimonio en el artículo 67 de la Ley del Registro del Estado Civil, que establece taxativamente “las personas que en inminente peligro de muerte, a bordo de naves o aeronaves cubanas, pretendan formalizar su matrimonio, serán autorizadas por el capitán de dichas naves o aeronaves. Otras situaciones similares las introduce la Ley del Registro del Estado Civil, sin especificar si es necesario que se trate de formalización en “inminente peligro de muerte”, según lo preceptúan los artículos 9 y 11 de la precitada norma.

1.5.1 La formalización del matrimonio en inminente peligro de muerte.

Resulta una forma extraordinaria de formalización del matrimonio en el supuesto que uno de los requirentes o ambos inclusive se halle en inminente peligro de muerte o en circunstancias excepcionales. Estas situaciones objetivas la ley no las condiciona explícitamente a peligro de muerte.

Establece claramente la legislación quiénes son los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios en situaciones especiales o excepcionales: los capitanes de naves o aeronaves cubanas, al amparo de los artículos 10, 67 y 68 de la Ley del Registro Civil, los que anotarán el acto en el correspondiente libro de navegación y los Notarios acorde a lo preceptuado en el artículo 11 inciso c) de la Ley de las Notarías Estatales.

Tal formalización se efectuará sin la previa presentación de los documentos justificativos o de los particulares señalados para el llamado expediente matrimonial (requisitos generales y especiales), en estos casos el matrimonio se entenderá condicionado, mientras no se acrediten en forma dichos particulares por cualquiera de los contrayentes u otras personas interesadas, solo si se acreditan a posteriori los requisitos legales exigidos para la formalización, el reconocimiento de su validez que estaba en suspenso, se retrotrae a la fecha de su celebración, haciéndolo eficaz desde la misma.

1.5.2 La formalización del matrimonio con carácter retroactivo al momento de iniciada la unión.

El matrimonio con carácter retroactivo, resulta una innovación introducida en el derecho de familia cubano; la voluntad manifestada por los contrayentes de retrotraer la unión al momento de iniciada esta y siempre que en aquella fecha hubiesen tenido aptitud legal para contraer matrimonio, resulta suficiente para su formalización¹¹, aunque el funcionario autorizante no solo debe apreciar la capacidad en el momento de la formalización, sino debe decidir si cuando comenzó la unión ambos contrayentes tenían o no dicha capacidad.

En el acto se requiere la presencia de dos testigos de hecho, los que de acorde a la legislación vigente, deben haber arribado a la mayoría de edad en ese momento, so pena de poder incurrir el instrumento o el acto que en él se documenta, en causal de nulidad; son testigos asertóricos, con el objetivo de ratificar la certeza y veracidad de los datos así como otras manifestaciones declaradas por aquellos que concurren ante el notario; pero nada imposibilita que los elementos que estos confirmen, comenzaran a acontecer con anterioridad al advenimiento de su mayoría de edad.

En la formalización del matrimonio con carácter retroactivo, los contrayentes pueden solicitar la retroacción del matrimonio formalizado al momento en que deseen, obvio siempre que hayan tenido actitud legal para ello, no estableciendo la norma para estos casos la exigencia de un tiempo determinado de vida en común de la pareja para configurar el requisito de estabilidad.

¹¹ En este sentido se ha pronunciado el Dictamen No. 1/2004 de 31 de marzo de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia que en el primer párrafo del PRIMER apartado enuncia: “En correspondencia con lo preceptuado en el artículo 7 de la Ley No 1289, de 14 de febrero de 1975, Código de Familia, los funcionarios facultados para autorizar la formalización de los matrimonios son los encargados de los Registros del Estado Civil y los Notarios Públicos, los que tienen en cuenta en el momento de autorizar un acta matrimonial o escritura pública donde se formalice un matrimonio con carácter retroactivo, lo dispuesto en el artículo 71, inciso a) de la Ley 51, Del Registro del Estado Civil, y en el artículo 19 del vigente Código de Familia, en cuanto que deben cerciorarse que en la fecha a la que retrotrae la unión, los cónyuges tenían aptitud legal para contraer matrimonio, verificándose además, que realmente la fecha de iniciada la unión es aquella que refieren los contrayentes, lo que se conoce por el dicho de los solicitantes y por la ratificación de los testigos intervinientes en este acto (...)”

II: El Divorcio.

2.1 El divorcio notarial, evolución histórica de su normativa en el derecho patrio.

La mayoría de las legislaciones reconocen la institución del divorcio, negarlo en la sociedad actual, es renunciar a una verdad que obviamente se impone; una vez que falte la estabilidad y afectividad que dieron origen a la unión, no cumpla ésta las expectativas de los contrayentes, carezca de propósito para la familia que han creado y la sociedad misma, la disolución del vínculo matrimonial emerge como única solución posible.

Un primer intento en la legislación cubana reconociendo al notario como funcionario competente para la formalización del divorcio por mutuo acuerdo, se materializó con la promulgación de la llamada Ley Notarial, de 17 de diciembre de 1937; tentativa que se vio truncada tres años más tardes con la Constitución de 1940, que prescribió en su artículo 170 en el tercer párrafo que: “sólo podrá administrarse justicia por quienes pertenezcan permanentemente al poder judicial”. Aunque la mencionada norma¹² nunca fue derogada, ni declarada su inconstitucionalidad como en buena técnica correspondía, los efectos de esta se extinguieron, dado que el notariado de entonces respetó los pronunciamientos que hiciera el Tribunal Supremo en relación al tema y se abstuvo de conocer los referidos asuntos.

Ya para el año 1986 algunos autores, comenzaron a valorar la posibilidad de un divorcio ante el registrador del estado civil siempre que se tratara de un matrimonio sin hijos menores; en el año 1988 el Doctor Raúl Gómez Treto, deja sentir su criterio sobre la posibilidad de simplificar los trámites de divorcio, partiendo de la tesis de atribuirle tal competencia a los registradores del estado civil, y, supletoriamente, a los notarios.

El alto número de expedientes a tramitar en los tribunales populares sin que efectivamente la actuación de éstos resultara necesaria, la naturaleza del proceso de divorcio por mutuo acuerdo, la celeridad que el notario podía ofrecer en la tramitación de estos asuntos, unido al cúmulo de experiencia del gremio notarial en el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria que ya le habían sido transferidos en virtud de la Ley 50, de fecha 28 de diciembre de 1984 “Ley de las Notarías Estatales”, resultaron elementos más que suficientes para que se trasladase a la función notarial el conocimiento y tramitación del divorcio por mutuo acuerdo, todo ello fundamentado en que el notario a través del ejercicio de la fe pública, realiza actividades extrajudiciales que garantizan igualmente la eficacia jurídica y legalidad de estos actos.

Cuba, fue de los primeros países que ha implementado la tramitación del divorcio ante notario público, y con la entrada en vigor del Decreto-Ley N° 154/1994, se brinda la oportunidad de ventilar en sede notarial aquellos divorcios en los cuales los cónyuges de

¹² Ley Notarial, de 17 de diciembre de 1937.

mutuo acuerdo, decidieren disolver el vínculo matrimonial, aunque no lo limita solo a las notarías y deja expedita la vía judicial, en el supuesto de falta de acuerdo entre los esposos o, siempre que medie dictamen en contrario del Fiscal sin que sus objeciones resulten salvadas.

Facultar al notario para que conozca del divorcio por mutuo acuerdo, resultó un paso de avance hacia un derecho preventivo, dado que la efectividad de la intervención notarial tributa a la seguridad jurídica, sobre todo cuando existen hijos comunes menores de edad, velando el funcionario por el supremo interés de estos como premisa de la autorización.

2.2 Instrumentación del divorcio en escritura pública.

Los cónyuges que hayan decidido, de mutuo acuerdo, disolver la unión matrimonial se presentan ante el notario de su elección y realizan la solicitud, la que tiene como fin interesar la actuación del fedatario, quien al recibir la misma deberá explorar si existe pleno consenso de voluntades respecto a sus efectos, los que deberán corresponderse con lo establecido en el Código de Familia.

El escrito de solicitud contendrá las generales y datos de los cónyuges, la existencia de hijos comunes menores, convenciones de los cónyuges en cuanto a: el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos comunes menores; la determinación de la guarda y cuidado sobre tales hijos; régimen de comunicación de los hijos menores con aquel de los padres al que no se le confiera su guarda y cuidado, la pensión que corresponda a cada uno de los hijos mencionados y su cuantía, así como el monto de la pensión que correspondería si se diera el supuesto, a uno de los cónyuges del matrimonio ya extinto. Deberá contener además las convenciones que hayan determinado los cónyuges sobre la vivienda, si ésta constituyera un bien común del matrimonio; el destino de los otros bienes que conforman la comunidad matrimonial de bienes, si los cónyuges determinaran liquidarla en el propio acto, para lo cual han de aportar relación concreta de cómo quedaría liquidada, a partir de la adjudicación de bienes propuesta para cada ex cónyuge.

Aportarán los comparecientes, la Certificación de Matrimonio, así como la Certificación de Nacimiento de cada uno de los hijos habidos dentro del matrimonio formalizado, así como el título dominico de la vivienda si resultare un bien que formará parte de la comunidad matrimonial de bienes.

El divorcio por mutuo acuerdo ante notario, se instrumenta por escritura pública, en concordancia con el artículo 13 inciso a) de la Ley de las Notarías Estatales, que establece que los actos jurídicos serán contenidos en escritura pública. La escritura de divorcio, puede contener además otros actos que guarden relación con este de manera concadenada, de tal suerte podría instrumentarse la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, la constitución de una copropiedad por cuotas, la cesión de participación una vez constituida la copropiedad por cuotas, de uno de los cotitulares a favor del otro, o de resultar su

pretensión la donación de la vivienda común del matrimonio, por ambos cónyuges a los hijos menores procreados en él.

2.2.1 Las convenciones en el divorcio ante notario.

Las convenciones en el divorcio ante notario, son los acuerdos a los cuales arriban los cónyuges, que han de ser aprobados por este, las que deberán ser analizadas con mesura¹³ en estricto control de la legalidad, antes de autorizar la escritura en la cual quedaría contenido el divorcio autorizado. El fedatario deberá garantizar un adecuado balance entre los derechos y deberes de ambos cónyuges, sin menoscabo, ni sacrificio, para los hijos; es necesario diseminar la solidaridad de ambos padres para con los hijos, y de estos para con aquellos.

2.2.2 Intervención del fiscal.

El notario comprobará si las convenciones propuestas se ajustan a la norma familiar, sobre todo en lo relativo a la guarda y cuidado, régimen de comunicación, patria potestad y pensión alimenticia, cuidando que estas no sean lesivas ni vayan en desmedro de los intereses de los hijos menores procreados en el matrimonio.

Si el funcionario autorizante determina que las convenciones pactadas son lesivas a los intereses de los menores hijos, se abstendrá de actuar y brindará comunicación al fiscal solicitando el dictamen correspondiente, no sin antes intentar convencer a los cónyuges de modificar las convenciones propuestas.

El decreto-ley sobre el divorcio notarial establece que el notario dará traslado al fiscal¹⁴, obvio que este traslado del notario al fiscal, resulta una facultad discrecional del funcionario actuante, no viene obligado a hacerlo, si considera que las convenciones propuestas resultan ajustadas a los postulados acreditados en la norma familiar, el fedatario

¹³ **Artículo 4.- Decreto-Ley 154** 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 éstos 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,
- 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.
- e)

¹⁴ **Artículo 5.- Decreto-Ley 154** “El Notario, dará traslado de la solicitud del divorcio al Fiscal cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra cualquiera de los aspectos señalados en el artículo anterior o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes menoría favor de uno solo de los padres”.

hará uso de su experiencia profesional, de la lógica, apreciando las circunstancias objetivas y personales de ambos padres.

El notario en uso de la función de asesoramiento de la que está investido¹⁵ y como parte también del principio de calificación, intentará por todos los medios de persuadir a los cónyuges sobre lo inapropiado de las convenciones propuestas y solo remitirá al Fiscal cuando haya fracasado toda su gestión, dirigida a alcanzar una rectificación a tiempo de las convenciones lesivas al buen desarrollo de los menores.

Redactara el funcionario actuante un escrito de remisión, haciendo referencia a los motivos que le impiden proseguir los trámites del divorcio, las razones por las que no aprueba las convenciones propuestas por los cónyuges y, su fundamento sobre la lesividad de los intereses del menor.

Puede resultar favorable o en contrario el dictamen del fiscal; si es favorable el notario continuará la tramitación del divorcio, según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 12 del Reglamento, si el dictamen es en contrario, entonces sí está obligado a abstenerse de actuar, pues se han corroborado las razones que lo motivaron a su abstención inicial. Ante tal situación tienen los cónyuges la oportunidad de direccionar sus convenciones en relación a las consideraciones del fiscal, caso contrario el fedatario actúa de acorde a lo establecido en la norma¹⁶

2.3 Efectos de la escritura de divorcio.

La escritura de divorcio surte efectos que pueden ordenarse en consonancia a sus destinatarios, estos repercuten en relación a los ex cónyuges y con respecto a los hijos menores comunes.

Constituye prueba irrefutable de la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges y con ello la adquisición del estado conyugal de divorciados, nótese que el artículo 9 del Decreto-Ley 154/1994 le confiere “fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha”.

¹⁵ **Artículo 10.- Ley de las Notarías Estatales** “El Notario tiene las funciones y obligaciones siguientes:

inciso II) asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate”.

¹⁶ Artículo 10 primer párrafo, del Reglamento del Decreto-Ley 154 “**el Notario se abstendrá de continuar la tramitación del divorcio, interrumpiendo el trámite, todo lo cual hará constar en certificación que entregará a los cónyuges o sus representantes a quienes devolverá los documentos aportados, y los instruirá sobre las vías para presentar el divorcio ante el tribunal competente**”.

También puede devenir en nuevo título de propiedad de la vivienda de residencia permanente, que forme parte de la comunidad matrimonial de bienes, si de común acuerdo los cotitulares disponen la división y liquidación de esta comunidad y la constitución de una copropiedad por cuotas, o uno de cede su participación, en la copropiedad por cuotas constituida, a favor del otro, e incluso pudieren disponer del bien a favor de los hijos menores.

Respecto a otros bienes comunes habidos del matrimonio, de igual manera los titulares pueden disponer su división y liquidación en la propia escritura pública en que se instrumenta el divorcio, de manera que la escritura pública constituirá título de dominio, a cuyo tenor podría ejercitar cualquiera de ellos la acción reivindicatoria para recuperar los bienes de los cuales son titulares, ya contra el otro ex cónyuge, o contra un tercero.

El Código de Familia, establece que solo en relación a los hijos menores procreados en el matrimonio, se hacen pronunciamientos en la escritura de divorcio, no cabe la posibilidad de pronunciamiento alguno en el divorcio, respecto de los hijos mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados o de los habidos antes del matrimonio, entre los mismos miembros de la pareja, cuyo matrimonio disuelve¹⁷.

Establece el artículo 9 del Decreto Ley 154, que la escritura de divorcio en relación con los hijos, contendrá los acuerdos de los cónyuges, por supuesto, previo juicio notarial, y fiscal, si correspondiere, respecto de:

“b) la determinación en relación con 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 cónyuge 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 éstos,”

La escritura de divorcio se ajustará al contenido de la solicitud y a los requisitos formales para su autorización, el Notario expedirá de oficio una copia de la misma y la entregará a cada excónyuge; una vez autorizada el funcionario dentro del término de 72 horas, remitirá

¹⁷ Para estos casos, en el supuesto de ruptura de la pareja, hay que acudir a la vía judicial (Tribunal Municipal correspondiente, ex artículo 5, incisos 2) y 3) de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico) para, a través de un proceso sumario, determinar guarda y cuidado, y régimen de comunicación (*vid.* artículos 358.2 y ss. de aplicación, de la propia ley), y de un sumario en caso de alimentos, fijar pensión alimenticia a su favor (*vid.* artículos 358.4 y último párrafo, y 368 al 371 de dicha Ley de Procedimiento).

comunicación a los Registros que correspondan, a los efectos de que se realicen las anotaciones procedentes en los asientos de nacimiento y matrimonio.

El Decreto-Ley N° 154/1994 sobre el divorcio notarial y su Reglamento previeron la posibilidad de que luego de la disolución del vínculo matrimonial concurren circunstancias que permitieran la modificación de las convenciones ya instrumentadas, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 15 de la norma¹⁸. Estas modificaciones pueden estar avaladas por el mutuo acuerdo entre los ex cónyuges o suscitar un conflicto entre los mismos.

Ante tales circunstancias la norma deja expedita dos vías alternativas: acudir ante notario público si se mantiene el acuerdo entre los ex cónyuges, o acudir a la vía judicial cuando exista discrepancia entre estos, en relación a las convenciones que se pretenden adoptar.

Categoricamente el instrumento notarial contentivo del divorcio, resulta título legítimo para certificar la titularidad y ejercicio de la patria potestad, la titularidad de la guarda y cuidado sobre los menores hijos, del padre favorecido con ella, las reglas del régimen de comunicación a favor del otro progenitor y título ejecutivo en relación con la pensión alimenticia de la que son acreedores los menores frente al progenitor que no ostenta sobre ellos guarda y cuidado.

Consideraciones finales

Coincidimos en que la familia es una institución compleja en la que interactúan relaciones objetivas y subjetivas, materiales y espirituales. Constituye la célula fundamental de la sociedad en la que están presentes e íntimamente entrelazados el interés social y el interés personal. Forma parte esencial tanto de la base como de la superestructura, pues deja su impronta en el carácter de las relaciones económicas, jurídicas, morales y religiosas de cada sociedad.

No es menos cierto que el matrimonio y el divorcio resultan instituciones de obligatorio estudio en el Derecho de Familia, teniendo como figura determinante en la presente disertación al notario, como profesional del derecho y funcionario público, que tiene la

¹⁸ **Artículo 15.- Decreto-Ley 154:** "Si con posterioridad a la fecha de autorización de la escritura de divorcio, los excónyuges convenir en modificar los acuerdos consignados en aquella, en cuanto a los aspectos a que se refiere el artículo 10 de la Ley, comparecerán ante cualquier notario a formular la solicitud, debiendo acompañar copia de la escritura de divorcio.

Si los interesados comparecen ante el propio notario que custodia el protocolo en el que obra la escritura de divorcio, no será necesario acompañar la copia a que se hace referencia en el párrafo anterior, y el Notario buscará la obrante en su protocolo, a fin de conocer los detalles de la escritura".

misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

En el caso que nos ocupa, matrimonio y divorcio, términos en contraposición, resulta elemental el papel asesor que juegan los fedatarios públicos, en aras de encauzar la voluntad de las partes y tratar de adecuarlas a lo previsto en la ley; siendo el principal objetivo la familia, como unidad fundamental de la sociedad que cumple funciones que involucran la satisfacción de las necesidades de protección, afecto y seguridad a cada uno de sus miembros, socialización de los niños y jóvenes, afirmación de la identidad natural social e individual y la generación y reproducción de la fuerza de trabajo.

En síntesis hemos tratado de esbozar a grandes rasgos los elementos esenciales que caracterizan las instituciones del matrimonio y el divorcio en Cuba, consideramos que el presente trabajo resultará un material de obligatoria consulta para aquellos operadores del derecho y por qué no, para aquellos que se propongan el estudio de las leyes y todo lo que ello implica consigo.

Las certificaciones del Registro Civil. Estudio para mejorar su expedición

Yasmianys Valdés Hernández*

En 1885 se promulga la primera Ley del Registro del Estado Civil en nuestro País, hasta ese momento los documentos idóneos para acreditar el Estado Civil de las Personas lo Constituían en su mayoría documentos expedidos por la Iglesia Católica, Cien años después los cambios acaecidos en los ámbitos económicos, sociales y políticos en nuestro país sobre todo desde el primero de enero de 1959 son el caldo donde se cuecen las condiciones necesarias para la puesta en vigor de una nueva ley que establezca los principios generales de organización y funcionamiento del Registro del Estado Civil para que el mismo esté en consonancia con el desarrollo alcanzado por nuestra sociedad, sin olvidar la protección que el estado socialista brinda a la familia. Esta ley de 1885 ha tenido además que ir atemperándose a los cambios anteriormente mencionados por lo que ha sufrido modificaciones y se ha visto complementada por un sinnúmero de legislaciones que por diversidad en ocasiones hace difícil su interpretación por lo que el año 1985 la Asamblea Nacional aprueba la hasta hoy vigente Ley 51 del Registro del Estado Civil, la cual entró en vigor el primero de Enero de 1986.

Esta normativa está más adecuada a las condiciones en general que rigen en nuestra sociedad y cada día mas son las situaciones ante las cuales las personas se ven obligadas a acreditar su estado civil y constituye precisamente la de expedir certificaciones una de las funciones o facultades del Registrador del Estado Civil¹⁹. Expedir certificaciones basadas en los asientos y documentos que obren en las oficinas del Registro y las negativas que resulten de éstos.

No es raro que después de puestas en marcha una serie de medidas que tuvieron por fin dando cumplimiento a los lineamientos del partido para el nuevo modelo económico cubano flexibilizar en gran medida los tramites para que los cubanos pudiesen viajar al exterior, se incrementaran las solicitudes y en consecuencia las expediciones de certificaciones del Registro del Estado Civil para surtir efectos fuera del territorio nacional, las cuales deben ser legalizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores pero previamente deberán autenticarse por funcionarios de las Direcciones Provinciales de Justicia, es decir cada Dirección Provincial Autentica las de su territorio, para cumplir con lo dispuesto en la instrucción 1 del 2011 y la resolución 157 del 18 de Mayo del 2011.

*Licenciada en Derecho. Especialista de la Dirección Provincial de Justicia, Artemisa.

¹⁹ Artículo 27 inciso ch) de la Ley 51 del Registro del Estado Civil.

Precisamente el presente trabajo está encaminado a precisar los requisitos y pasos para la expedición de certificaciones, así como los preceptos legales que los amparan, todo ello para perfeccionar dicha actividad y brindar un mejor servicio a la población.

Como bien se ha expresado anteriormente las certificaciones del Registro del Estado Civil acreditan ante las personas y organismos interesados circunstancias y actos relacionados con las personas naturales pero estas certificaciones deben para ser verdaderamente efectivas cumplir determinados requisitos en aras de salvaguardar los principios sobre los que se erige el Derecho Registral entre los que se encuentran:

Principio de fidelidad: conocido por principio de legitimidad o presunción registral, reviste a los asientos registrales de una presunción de veracidad y de concordancia y certeza entre los hechos que refleja y la realidad existente.

Principio de publicidad: Deviene la función fundamental, del Registro que tiene un carácter público, y que se funda sobre el pedestal de principios que determinan la actualidad y legalidad de sus asientos, engendrando un efecto de confianza y seguridad que abrigue el sistema jurídico. Es posiblemente el principio de mayor preeminencia y cuya categoría provee vida al Registro Público.

Principio de fe pública registral: Se conforma a través de la expedición de certificaciones, por razón de las cuales se procuran, a requerimiento de los interesados, las situaciones jurídicas específicas de los individuos en correspondencia a los hechos o actos públicos. Constituyen el centro del sistema, la razón de la existencia del Registro y del propio Derecho Registral.

Principio de legalidad: Este principio cobra su máxima expresión cuando en su artículo 26 la Ley 51 de 1985 establece que: El registrador del estado civil, en el ejercicio de sus funciones, deberá obediencia a la ley. Y es tomando como basamento las disposiciones legales que el registrador ejercerá su función.

La autora entiende que son estos principios los más identificados con el tema que se aborda, sin restar importancia al resto que distingue la actividad, ahora bien sería bueno identificar las principales normas en las que se regulan aspectos esenciales de la expedición de certificaciones del Registro del Estado Civil, como norma rectora de los principios que informan nuestra sociedad está La Constitución de la República de Cuba, la ley fundamental y el precepto por el cual se rigen los demás de nuestro ordenamiento jurídico establece:

Todos los hijos tienen iguales derechos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio. Esta abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignara declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres en las actas de

inscripción de los hijos, ni ningún otro documento que haga referencia a la filiación²⁰. Tomando como referencia este mandato constitucional la ley 51 establece en su artículo 4: En las inscripciones de nacimiento, o en cualquier otro documento o certificación del Registro del Estado Civil, no se podrá consignar declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni referente al estado civil de los padres o la calificación de la filiación del hijo.

Este artículo es claro en su extensión pues hace referencia a las inscripciones, pero además lo hace extensivo a cualquier otro documento o Certificación del Registro Civil, lo que cierra la posibilidad a que se expida o autorice documento alguno con las referencias antes señaladas. Ahora bien sucede que a raíz de este auge en los trámites migratorios se dan situaciones en los que las embajadas solicitan certificaciones en los que se esclarezca el estado conyugal de la madre en el momento del nacimiento del hijo aspecto este que nuestros registradores del estado civil no pueden ni deben certificar, en primer lugar porque estarían violando un mandato constitucional e irían contra el principio de legalidad, y en segundo lugar porque en la generalidad de los casos los asientos de inscripción ya no cuenta con el mismo, por las mismas razones antes mencionadas, Por lo que no debe ser motivo de dudas en el gremio registral negarse ante cualquier solicitud de esta índole.

Por demás la ley en si misma no profundiza mucho en cuanto al procedimiento a seguir en la expedición de certificaciones abarcando dos elementos importantes y reservando los detalles para la Resolución 157 Reglamento de la ley. ¿Qué elementos define pues el legislador en la ley? En primer lugar la forma en la que se expedirán las certificaciones, estas son: en extracto o literales, para las certificaciones en extracto se utilizan modelos²¹ los cuales al ser llenados por el registrador correctamente deben contener todos los datos que el inscripto debe acreditar ante terceros, estos modelos son utilizados en las certificaciones de los asientos principales: El nacimiento, El matrimonio y La defunción. Y las literales no necesitan de formula alguna porque como bien su nombre lo indica traducen literalmente lo que el asiento de inscripción contiene, claro que para la expedición de certificaciones literales el legislador en la Resolución 157 establece que se expedirán excepcionalmente, cuando el fin para el que han de ser utilizadas así lo requiera o por mandamiento judicial o a solicitud de autoridad administrativa²²

Pero hay otro elemento que el legislador aclara en el reglamento y es que las certificaciones se expedirán de conformidad con la alteración que produce la nota consignada en el asiento registral, si la hubiere²³, esta es valida para lo dispuesto en la cuarta de las disposiciones especiales de la ley cuando establece : A partir de la vigencia de esta Ley, y a instancia de parte, se podrán expedir certificaciones de soltería, divorcio o viudez, de conformidad con

²⁰ Artículo 37 de la constitución de la República de Cuba.

²¹ Fueron puestos en vigor mediante la Resolución No. 851 dictada por el Ministerio de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1983.

²² Artículo 141 de la Resolución 157 Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil.

²³ Artículo 140 segundo párrafo de la Sacramentada resolución 157.

las notas marginales del asiento de nacimiento o matrimonio de la persona a que se refiera, aunque es necesario aclarar que en el caso de la soltería, la misma sería certificada precisamente por ausencia de la nota de marras al dorso del asiento de nacimiento del inscripto.

Ahora bien en la Resolución 157, Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil el legislador es cuidadoso y aclara determinados requisitos que desea se tengan en cuenta al momento de expedir certificaciones y documentos registrales, establece además requisitos imprescindibles a consignar en cada tipo de documento certificativo. Es bueno analizar de lo general a lo específico. ¿Qué características u elementos deben tener todas las certificaciones y documentos registrales?

- Los documentos registrales del estado civil se redactarán en idioma español, con letra clara, sin abreviaturas, iniciales, ni espacios en blanco. Los guarismos podrán usarse en letras o consignando los dígitos que lo integran²⁴.
- Los espacios en blanco en los asientos de inscripción y demás documentos registrales se cubrirán con rayas continuas o discontinuas y lo escrito sobre éstas es nulo. De igual forma se procederá cuando se dejare espacio en blanco entre la firma y la conclusión del texto.
- Podrán hacerse en forma manuscrita, mecanografiada o por cualquier otro medio de reproducción manual, mecánico o automatizado²⁵.
- El papel que se utilice será de la mejor calidad posible. Si se utilizaren modelos impresos, las especificaciones y medidas del papel se ajustarán al modelo oficial.
- se utilizará, en todo caso, tinta de color negro o azul.
- Son nulas las adiciones, enmiendas, textos entrelíneas, o testados, en los asientos de inscripción y demás documentos registrales que no se salven al final de éstos, con aprobación expresa del registrador y en ningún caso se podrá raspar o borrar lo escrito²⁶.
- Las adiciones, enmiendas, textos entrelíneas o testados, se harán de forma tal que siempre se pueda leer la palabra anteriormente escrita.

Pudieran parecer reiterativas e innecesarias estas aclaraciones pero la práctica diaria ha demostrado que aun se violan algunos de los preceptos antes mencionados e incluso registradores del estado civil que aluden desconocimiento de alguno de ellos o por lo menos desconocimiento de su fundamento legal y nos encontramos comúnmente documentos

²⁴ Artículo 45 del reglamento

²⁵ Artículo 46 del Reglamento

²⁶ Artículo 47

donde se utiliza tinta roja, no se salvan las entrelneas, se certifica de manera manuscrita, sin embargo la caligrafía es deficiente e induce a errores, no hay que olvidar que el registrador emite un documento para acreditar datos ante terceros, por lo que es preciso que su mensaje sea comprensible, Se encuentran además documentos enmendados²⁷ y emitidos en papel de mala calidad aspecto este que resta durabilidad y limita la seguridad del mismo en trafico jurídico. Además de los anteriormente mencionados se establece entre los artículos 142 al 144 los siguientes requisitos:

- Las certificaciones pueden ser gravadas o exentas, de conformidad con la legislación que regula el gravamen sobre documentos. Esto determina no solo estas dos condiciones por si solas sino que el Registrador debe especificar al momento de la expedición cual de las dos cualidades ostenta el documento que esta librando, en los documentos oficiales es bien sencillo ya que los mismos traen los escaques destinados a tales efectos, la dificultad radica en las certificaciones que no tienen estos modelos, pues entonces el registrador debe ser cuidadoso de no obviar este elemento y otros que en lo sucesivo se establecen de carácter obligatorio.
- Toda certificación que se expida debe ser previamente confrontada con el asiento del cual fueron tomados los datos y no podrá tener tachaduras, borraduras, ni enmiendas.

Es de destacar que cuando la norma se refiere a la necesidad de confrontación no esta haciendo referencia a la acción mecánica de escribir en el documento el nombre de la persona que supuestamente lo confronta, la idea es mas abarcadora, la intención realmente es la de obligar al funcionario a, gramaticalmente hablando comparar, cerciorarse, cotejar lo expuesto en el documento con el objetivo de garantizar que realmente lo plasmado en él, esté en consonancia con lo que obra en el asiento del cual fue extraído. Resulta que en la práctica registral este paso que tantos errores evitaría si se hiciese de la forma en la que está establecida se realiza de manera mecánica dando lugar en ocasiones a omisiones o deslices que resultarían fácilmente detectables con una buena confrontación.

¿Qué datos deben entonces contener generalmente todas las certificaciones?

El reglamento establece los requisitos siguientes²⁸:

1. Tipo de certificación
2. Oficina registral que la expide, con expresión del municipio y la provincia a que pertenece.
3. Tomo y folio donde conste el asiento de inscripción

²⁷ No todos son atribuibles al registrador en ocasiones se a comprobado que el mismo usuario pretende rectificar o aclarar datos que a su juicio faltan en la certificación.

²⁸ Artículo 144 incisos a)al d)

4. Acto de la certificación con expresión de que los datos contenidos en la misma concuerdan fielmente con los que aparecen consignados en el asiento a que hace referencia, o negativa, en su caso, de no constar en el registro; y
5. Firma del registrador y sello gomígrafo que identifica la oficina registral
6. Se consignarán, además, la fecha de su expedición, iniciales de la persona que la confecciona y del que la confronta, donde surtirá efectos y los datos relacionados con el gravamen sobre documentos.

Si se analiza cada uno de estos elementos en detalles surgirán una serie de cuestiones que en diario quehacer de los registradores son motivos de puntos de vistas diferentes, ahora bien a que se refiere cuando expresa tipo de certificación, este aspecto no representa gran complejidad y es bien conocido que con esto establece como el título, por llamarlo de alguna manera de cada certificación, las que se expiden en los modelos oficiales tienen la facilidad que ya tienen consignado cada una el tipo de certificación en cada modelo preestablecido: Nacimiento, Matrimonio y Defunción²⁹. Ahora bien existen las que se expiden en consonancia a la alteración que produce la nota o la inexistencia de esta al margen de estos asientos, estas son: Soltería,³⁰ Divorcio, Vigencia de Matrimonio y viudez³¹ Capacidad Legal,³² negativas de matrimonio, defunción, ciudadanía, etc, y existen además la posible solicitud de documentos donde se certifiquen otros datos los cuales pueden ser innumerables y que el legislador en aras de no limitar la amplia gama de situaciones que se pueden acreditar las ha enmarcado en el concepto de otras certificaciones³³, poniendo como único freno lo regulado en el artículo 4 de la ley,³⁴ en estos documentos al momento de definir el tipo de documento el Registrador deberá ser cuidadoso y tratar de ajustarlo lo mas posible al contenido de la misma.

El otro aspecto para analizar: Oficina Registral que la expide, aquí en ocasiones se han suscitado polémicas pues en ocasiones la oficina registral o Registro contenedor como es llamado en el argot de la actividad ha estado enmarcado en diferentes provincias o territorios producto de las divisiones políticas administrativas que se han producido en el país posterior al triunfo Revolucionario de 1959, por lo tanto no es de extrañar que en este

²⁹ Se expiden en base los asientos principales.

³⁰ Se regula los elementos que debe contener la misma en la Resolución 104 del 28 de mayo 2010 de la ministra de justicia Se expide tomando como referencia la inexistencia de nota de matrimonio al margen del nacimiento del inscripto y se considera que lo certificado tiene valor de simple presunción.

³¹ El dictamen 8 de 2013 profundiza en los detalles referidos a estas certificaciones y las modalidades que de ellas se pueden expedir.

³² Resolución 126 de fecha 18 de julio del 2000 del Ministro de Justicia que modificó los Artículos 120 y 121 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, facultó a los Directores Provinciales de Justicia a expedir las certificaciones de capacidad legal a ciudadanos cubanos residentes permanentes en el extranjero que pretendan formalizar su matrimonio con ciudadano no cubano en el exterior.

³³ Sección tercera, artículos 148 y 149 del Reglamento.

³⁴ En las inscripciones de nacimiento, o en cualquier otro documento o certificación del Registro del Estado Civil, no se podrá consignar declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni referente al estado civil de los padres o la calificación de la filiación del hijo

mismo territorio se encuentren municipios que han transitado por tres provincias diferentes, Ejemplo: Guanajay, antes de la división política administrativa del 1976 pertenecía a Pinar del Rio, posteriormente y hasta 2011 perteneció a la provincia de La Habana³⁵ y ese año en adelante constituye uno de los municipios de la actual provincia de Artemisa, situaciones que crean dudas en los Registradores al momento de consignar el registro contenedor pero si vamos a regirnos por el principio de fidelidad³⁶ entiende la autora que lo mas acertado sería consignar como oficina registral la existente en el momento cronológico en que se practicó el asiento, sin perjuicio de consignar municipio y provincia concordante con la realidad actual. Es por ello que si se debe acreditar un nacimiento ocurrido en Guanajay en el año 1982, lo correcto sería consignar como Oficina Registral Guanajay, La Habana, y en espacio destinado a provincia se consignará Artemisa que es la que corresponde actualmente. Si el asiento es practicado actualmente pues entonces la Oficina Registral será solamente Guanajay y el resto se mantiene.

El tercer, cuarto, quinto y sexto punto no ofrecen ningún tipo de dudas, salvo cuidar que la firma de los registradores y sus nombres deben ser los que aparecen en la ficha de sus respectivos expedientes, velar que la ley tributaria que se consigna sea la vigente y que esté delimitado donde debe surtir efectos la certificación, fuera o dentro del territorio nacional. Pero como bien se hace referencia en el Reglamento estos requisitos son los inherentes a todas las certificaciones.

Pero en la norma se establecen requisitos básicos de cada tipo de atestados los cuales no deben faltar sin prescindir de los primeros.

Son requisitos propios de toda certificación de Nacimiento³⁷:

1. Fecha del asiento: Consiste en determinar en la inscripción el día, mes y año en que se inscribe la persona, independientemente de fecha de nacimiento, aunque no es raro en la actualidad con el perfeccionamiento que se ha logrado en esta actividad que coincida una y otra pero no tiene exactamente que ser así.
2. Nombres y apellidos del inscripto: Con las características y limitaciones que establecen la ley y el reglamento.³⁸
3. Lugar de nacimiento con expresión del municipio y la provincia :este es uno de los aspectos más debatidos al momento de certificar un nacimiento por los funcionarios del Registro y la dificultad está dada en que los asientos efectuados antes de la puesta en vigor de la presente normativa carecían en su mayoría de tales elementos

³⁵ Con la División Política Administrativa de 1976 la Antigua provincia de La Habana pasó a ser Ciudad de la Habana y Provincia La Habana la cual se le agregaron tres municipios de Pinar del Rio.

³⁶ Permite que los asientos registrales se presuman veraces y concordantes con la realidad exterior de los hechos que refleje

³⁷ Artículo 145 del Reglamento de la Ley 51

³⁸ El principal es cada persona no puede ser inscripto por mas de dos nombres. Así como el orden de prelación con que deben consignarse los apellidos.

y en los que resultaban muy frecuentes el uso de las terminologías como : este pueblo, este término, este barrio, alusiones genéricas que ya en la práctica no son usadas admitidas y que por demás no esclarecen la naturalidad del inscripto. ¿Qué Hacer, pues ante estos casos? Es criterio de la autora que si analizamos con detenimiento cada uno de los elementos se podrá llegar a un consenso y lograr uniformidad en la mayoría de las situaciones. Con relación al municipio solo hay que seguir la lógica, es frecuente, en el encabezamiento de dichas actas que se redacte de esta manera: En este término municipal de Mariel ante el....., por lo que al llegar al lugar de nacimiento del inscripto si se consigna: este término solamente, lógicamente se está refiriendo al mismo del encabezamiento, Mariel.

Otro caso presentado es en el que se consigna Pedro S.A. natural de GMK, vecino de FG en este término, viene a declarar el nacimiento de L.S, ocurrido en su domicilio ocurrido, si se consignara como naturalidad del inscripto su domicilio, esto no aclararía nada, lo razonable sería consignar el lugar y municipio descripto como domicilio del declarante y tener la expresión de : su domicilio como una expresión genérica del funcionario de aquel entonces para evitar ser reiterativo en lo expuesto.

Ahora, cómo consignar la provincia si no consta, puede ser que se dé el caso del primer ejemplo relacionado anteriormente (en asientos más viejos) y se aplique el mismo procedimiento o sea: En este término municipal de Mariel, provincia Pinar del Rio, ante el....., por lo que al llegar al lugar de nacimiento del inscripto si se consigna: este término solamente, lógicamente se está refiriendo al mismo del encabezamiento, Mariel, Pinar del Rio. Pero también es muy usual que se omita sencillamente la provincia para lo cual a criterio de la ponente se pueden adoptar las siguientes decisiones.

- Conciliar con el archivo de tomos duplicados para esclarecer si igual carece del dato, en caso contrario se procede a subsanar de oficio dicho aspecto.
- Si al conciliar con el archivo de tomos duplicados el mismo adolece de la misma falta se pueden dar dos casos: Uno y a criterio de autora el mas sencillo, La naturalidad del inscripto a que se refiere el asiento, coincide con el municipio de la oficina registral y se trata de una inscripción en termino³⁹ entonces lo más acertado sería consignar como provincia la misma que la de la oficina registral por analogía ya que se estaría refiriendo al mismo término municipal en igual periodo histórico por lo claramente tienen que coincidir. El segundo caso y un poco más complicado es cuando la naturalidad del inscripto y la Oficina Registral no coinciden, es muy frecuente que por lo general los nacimientos ocurran en los municipios en los que se encuentran enclavados hospitales (esta es la naturalidad) y la inscripción se practique

³⁹Resolución Nº 19/2002 de 22 de febrero del Ministro de Justicia.

con un orden de preferencia⁴⁰ por lo que no necesariamente tienen que concordar, ¿Como entonces cumplir por lo dispuesto en la norma?

La autora propone dos posibles soluciones:

1. Que teniendo como base la división política administrativa el Registrador subsane de oficio la omisión en la naturalidad en cuanto a la provincia, pero esto requiere además un conocimiento amplio de esta esfera por parte de los funcionarios a cargo de tal tarea para evitar errores mayores que el advertido al dejar de consignar la provincia.
2. Que, a instancia de parte interesada y teniendo como documento probatorio una vigencia de ley (dicha vigencia se referirá a la división política administrativa vigente o sea a la ley que la regulaba) expedida por notario público se le subsane al inscripto dicha omisión. Esta solución haría del proceso de subsanación con relación a la propuesta anterior mas dilatado haría además responsable de la enmienda al inscripto que no es culpable de la omisión pero sin embargo brindaría mas seguridad en cuanto a lo que consigne y seria una solución para el sujeto del cual hace referencia el asiento que en ocasiones no tiene como acreditar este aspecto que por demás es tan demandado en estos tiempos.
4. Fecha de nacimiento: Se certificara con expresión de día mes y año.
5. Sexo: Se consignará Masculino o Femenino según sea el caso.
6. Nombres y apellidos de los padres.
7. Lugar de nacimiento de los padres: Es del criterio de la ponente que el lugar de nacimiento de los padres debe consignarse tal cual está en el asiento pues algunos Registradores omiten la provincia aun y cuando se refleja en el asiento al que se refiere, práctica esta que atenta contra el principio de fidelidad que debe regir esta actividad.
8. Nombres de los abuelos paternos y maternos.
9. En virtud de qué acto se practicó la inscripción: En ocasiones certifica que el acto se realiza en virtud de la Resolución de los Ministerios de Salud Pública y Justicia de 1965 a criterio de la autora debiera considerarse semejante actuar pues cuando se lee completamente el asiento se puede deducir que esta resolución constituye el fundamento por el cual se realiza la inscripción pero en la practica la declaración puede ser del padre, la madre o ambos según el caso o la persona que declare.

⁴⁰ Ver artículo 44 de la ley 51 del Estado Civil.

Son Requisitos de las certificaciones de Matrimonios⁴¹:

1. Nombres, apellidos, lugar de nacimiento y edad de ambos contrayentes;
2. Nombres y apellidos de los padres de ambos contrayentes;
3. Lugar y fecha de la formalización del matrimonio. Es necesario en el caso de los matrimonios formalizados con carácter retroactivo⁴² establecer la fecha a la cual se retrotrae, para esto se utilizará el escaque destinado a observaciones.
4. Nombres y apellidos del funcionario autorizante. También en la práctica se hace alusión al cargo de este funcionario. (Notario o Registrador)

Son Requisitos propios de las certificaciones de Defunción⁴³ :

1. Nombres y apellidos del fallecido
2. Lugar de nacimiento, con expresión del municipio y provincia
3. Sexo
4. Estado conyugal
5. Edad
6. Nombres y apellidos de los padres;
7. Domicilio:
8. Lugar y fecha del fallecimiento, con expresión de la hora en que ocurrió;
9. Lugar en donde se dispuso la cremación o inhumación del cadáver.

También se consigna en la práctica la ocupación del fallecido al contar los modelos con un escaque destinado al efecto.

No debemos olvidar la ciudadanía la cual se expide siempre de manera literal.

Del resto de las certificaciones que puedan ser expedidas y las cuales tienen su origen en la alteración que produce la nota al margen de un asiento principal o la inexistencia de la nota podemos expresar lo siguiente:

⁴¹ Artículo 146 del Reglamento

²⁴ Ver Artículo 19 del Código Familia

⁴³ Artículo 147 del Reglamento

Las solterías, son expedidas ante la inexistencia de nota de matrimonio al margen del nacimiento de la persona interesada, las mismas tienen una característica adicional y consiste en que: en la misma se debe expresar el valor de simple presunción que las acompaña ya que el hecho mismo de que no exista nota de matrimonio al margen del nacimiento no significa que no pueda existir matrimonio formalizado, Tienen además una vigencia de seis meses a partir del momento de su expedición. La metodología para su expedición está regulada por la Resolución 104 del veintiocho de mayo del 2010 de la Ministra de Justicia.

Los Divorcios: Se expiden a partir de la nota al margen del matrimonio donde se establece que el vínculo al que se refiere el asiento principal fue disuelto. En dicha nota debe contar y por tanto en las certificaciones que de ella se expidan, ante quien fue ventilado el divorcio, dígame notario público o tribunal popular, en caso de divorcio notarial es exigible Número de escritura, fecha del otorgamiento y notario autorizante. En los casos ventilados ante tribunal es requisito certificar número de sentencia y año en que se dictó, fecha de firmeza, También se pueden expedir al margen del nacimiento donde igual se consignan las notas de matrimonio, divorcio, defunción etc.⁴⁴

La Viudez: Se expide tomando como referencia la nota de defunción al margen del matrimonio de uno de los contrayentes a los que se refiere el asiento.

Vigencia de Matrimonio: Se puede expedir en casos de matrimonios extintos por divorcio o por defunción de uno o ambos cónyuges, es el instrumento idóneo para probar la eficacia en determinado espacio de tiempo de un matrimonio en el que están fallecidos ambos cónyuges

Se pueden emitir certificaciones además de: Reconocimiento de filiación paterna, Estado Conyugal al momento de formalizar matrimonio, de Subsanación de Errores, de Capacidad legal, se expide para los cubanos residentes en el exterior que pretenden contraer matrimonio en exterior y tiene una vigencia al igual que la soltería de seis meses y cuyo particular debe hacerse constar en la propia certificación.

En fin amplia es la gama de aspectos que puede certificar el Registrador siempre cuidando cumplir con los requisitos a los que se han hecho referencia en el presente trabajo certificar además un acto por documento y no infringir lo estipulado en el artículo a de la Ley 51 del Estado Civil.

Consideraciones finales:

La investigación realizada ha permitido a la autora el análisis de aspectos teóricos de la normativa vinculada con la Práctica Registral y la interrelación existente entre las mismas ya que en ocasiones se dificulta para los funcionarios que operan este campo establecer

⁴⁴ Ver Dictamen 8 del año 2013

nexos entre la Ley 51 que rige la actividad y la profusa cantidad de otras normas de menor rango que la complementan.

El objetivo propuesto para el trabajo se cumplió pues el mismo fue debatido en encuentro técnico de Registradores Civiles y se comprobó que facilita la capacitación de los mismos, los cuales generalmente no son profesionales del Derecho y por tanto se les dificulta la interpretación de las leyes y desaprovechan en ocasiones las facultades y oportunidades que esta le brinda.

Las propuestas fueron debatidas y aceptadas por la mayoría como posibles soluciones a las problemáticas hoy existentes.

Recomendaciones.

Generalizar estos debates, ampliarlos y desarrollar estos análisis en otros temas dentro de la actividad del Registro Civil.

Que se ventile la propuesta por los Directores del Ministerio de Justicia para generalizar en todo país las posibles soluciones.

Elevar el nivel técnico de los Registradores del Estado Civil.

Potencialidades de las declaraciones juradas autorizadas ante Notarios y Registradores Civiles en los procesos extrajudiciales

Jorge Herodes Hernández Portales*

Roxana Correa Esquivel**

Existe en la doctrina una gama diversa de documentos notariales llamados actas, que a diferencia de las escrituras no tienen como fin la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, por carecer de otorgamiento, sino el de hacer constar hechos, actos o circunstancias lícitas de relevancia jurídica, por lo cual no son objetos de contratos o negocios jurídicos.

Una clasificación de las actas en especie según Antonio Rodríguez Adrados⁴⁵ atendiendo a su contenido, refiere cinco modalidades de ellas:

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

Las actas de manifestaciones, no tienen en la legislación nacional reconocimiento legal, pero por analogía iuris, acceden a las de referencia. Su contenido está constituido por declaraciones del rogante o de tercera persona, sobre hechos pasados o presentes y su valor auténtico está limitado a que dichas declaraciones o testimonios se verifican ante Notario,

*Licenciado en Derecho. Notario.

**Licenciada en Derecho. Profesora del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa.

⁴⁵ Notario español

acreditan la realidad de la manifestación, pero no su verdad intrínseca, lo que así se advertirá a los declarantes, quedando claro que, el compareciente firmará el acta notarial como rogante y como autor de sus manifestaciones, después de ser identificado por el Notario.

Precisamente, dentro las actas de referencia se encuentran las declaraciones juradas.

Según el glosario de expresiones ambientales y jurídicas, la declaración jurada es una manifestación oral, escrita o mímica que se hace dando fe, por sí, ante sí o por requerimiento en presencia de un funcionario judicial o notarial.

Para otros autores la declaración jurada es aquella manifestación escrita que de forma voluntaria realiza una persona natural bajo juramento, ante un funcionario cualificado para recibirla, la que debe firmar quien la efectúa, el que funja como testigo⁴⁶ en caso de ser necesario, y el fedatario público ante el que se comparece, a los efectos de manifestar la veracidad de determinados hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica. La misma se convierte en ocasiones, en requisito preliminar de diversos procedimientos, como puede ser el inicio de una acción legal, judicial o administrativa, pudiendo aportarse además, como medio de prueba⁴⁷ dirigida a lograr la convicción de la verdad en el funcionario que conoce del proceso.

De dos fortalezas goza la declaración jurada: la utilización de testigos y su autorización ante Notario público, quien goza de fe pública por excelencia porque al pre constituir la prueba, la hace plena e indubitable mientras no se pruebe lo contrario.

Dentro de las numerosas funciones inherentes a los notarios, se encuentra la de dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita; en este caso, se encuentran las declaraciones juradas, que se autorizan a través de actas por las cuales podrán legitimarse hechos y situaciones de todo orden. En ellas, el notario se limita a dar fe de lo manifestado por el compareciente apercibiéndolo de la responsabilidad civil en que pudiera incurrir de resultar falsas sus declaraciones, representando su uso adecuado, uno de los medios de que dispone el fedatario para ejercer el control de legalidad y evitar fraudes o errores.

⁴⁶ En Derecho la voz “testigo” comprende dos acepciones: 1.- testigos son las personas que necesitan concurrir a la celebración de ciertos hechos jurídicos y constituyen una solemnidad. 2.- Testigos son las personas que declaran sobre un hecho que han presenciado y representan un medio de prueba.

⁴⁷ La prueba es el instrumento del que disponen los interesados y el funcionario actuante para determinar si se pueden o no considerar como verdaderos los hechos enunciados, bajo la premisa de que en el proceso de tramitación es posible, con criterios racionales, obtener una aproximación adecuada a la realidad empírica de los mismos. De la noción de prueba no puede desvincularse el hecho o acto, su actividad demostrativa, el medio o el procedimiento de comprobación, el conocimiento que aporta esta actividad y el grado de duda o certeza.

Por otra parte, su propia función fedante, proporciona confianza, legalidad, seguridad y garantía jurídica a lo que hace constar documentalmente, a la vez que imprime una cobertura de formalidad, veracidad, credibilidad y autenticidad al instrumento autorizado que lo inviste de indudable fuerza probatoria en futuros procesos administrativos o judiciales

La Ley No. 50 “De las Notarías Estatales”, señala que en las actas, se hacen constar hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen actos jurídicos. De lo anterior se colige que el acta notarial es todo instrumento público matriz que no tenga el carácter de escritura pública.

El artículo 85 del reglamento notarial cubano esboza una clasificación de las actas, de acuerdo con su naturaleza específica y contenido, y ofrece la posibilidad de autorizar otras, que a nuestro juicio, serían las atípicas, que escapan a determinada fijación conceptual, en cuya autorización el Notario juega un papel activo.

Dentro de la clasificación inicial en su inciso c), se reconoce las de referencia, relativas a un hecho, acto o circunstancia acaecido y que le consta al manifestante e incluye la declaración jurada, redactándolas el notario de acuerdo con las manifestaciones, que bajo juramento hacen los requirentes, usando en lo que fuere posible, las mismas palabras y una vez formuladas refiere las advertencias legales pertinentes.

La doctrina reconoce otras actas de manifestaciones, como las sustitutivas⁴⁸ que suplen la carencia de otro medio de acreditar las circunstancias de que se trate; citemos como ejemplos: la residencia, el domicilio, la ciudadanía, determinadas obligaciones o compromisos, inscripción en censos o registros de carácter administrativo, el goce de derechos políticos, entre otros supuestos, lo que simplifica en gran medida la burocracia.

En la práctica notarial cubana se autorizan declaraciones juradas, de variados matices y alcances, siendo las más frecuentes aquellas en las que se hacen constar, los siguientes particulares:

- a) Para hacer constar declaraciones sobre el estado conyugal de soltero de un fallecido que ostentaba al morir ese estado conyugal y en su certificación médica de defunción se ha consignado otro distinto o se ha omitido, con vistas a la subsanación de error u omisión.

Esa subsanación podrá hacerse de oficio por el registrador del estado civil si el Tomo que contiene la inscripción de defunción tiene su duplicado en el propio registro, de lo contrario la subsanación se realiza en virtud de los artículos 155 y 156 del Reglamento de la Ley

⁴⁸ Ilustrativo en este sentido, es el **Dictamen No. 8** de 18 de diciembre de 2008 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles, en el cual se analiza desde el punto de vista doctrinal y reglamentario la utilización práctica de las declaraciones juradas notariales y sus efectos en el tráfico jurídico.

Número 51 del 15 de julio de 1985 y de las Indicaciones metodológicas número 1 del 20-5-2010 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.

- b)** Para la conformación de los expedientes de inscripción de nacimiento fuera de término.⁴⁹

El inciso b) del artículo 87 del Reglamento de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil, exige la presentación de la declaración jurada ante notario, referente a que la persona cuya inscripción se solicita no ha iniciado trámites de inscripción en ninguna oficina registral del país, ni se encuentra inscrita, así como el lugar, fecha de nacimiento o defunción, en su caso, y demás datos filiatorios.⁵⁰

El artículo 57 de la Ley No. 51, regula que el nacimiento no inscripto en el término legal, deberá declararlo el obligado a hacerlo o su representante legal, o la persona interesada si fuera mayor de edad, previa formación de expediente.

Las causales más visibles de las inscripciones de nacimiento fuera de término tienen lugar cuando el modelo M-J 97 que confecciona el hospital materno donde nació el menor se extravía o no llega al Registro del Estado Civil correspondiente a la localidad donde reside la madre del bebé al momento del parto en el término de treinta días posteriores al nacimiento, o en el caso de aquellas personas menores o mayores de edad que no aparecen inscritas en ningún Registro del Estado Civil del país y se disponen a hacerlo.

- c)** Para la conformación de los expedientes de inscripción de defunción fuera de término.⁵¹

En este caso al expediente de inscripción de defunción fuera de término se acompañará la declaración de dos testigos que hayan visto o encontrado el cadáver o presenciado la muerte.

Este tipo de expediente tiene lugar cuando por alguna razón no se haya inscripto la defunción en ningún Registro del Estado Civil del país, cuyas causas pueden ser variadas: por haberse inscripto, por error, la defunción de una persona distinta a la que falleció, por la aparición del cadáver de una persona desaparecida, etc.

⁴⁹ El artículo 57 de la Ley No. 51, regula que el nacimiento no inscripto en el término legal, deberá declararlo el obligado a hacerlo o su representante legal, o la persona interesada si fuera mayor de edad, previa formación de expediente.

⁵⁰ Cfr. artículo 41 del antes citado texto legal, referente a los datos que se consignarán en las inscripciones de nacimientos.

⁵¹ En la tramitación de los expedientes de inscripción de defunción fuera de término y de subsanación de errores u omisiones registrales, los registradores civiles amparados en la función calificadora que les concede el inciso a) del artículo 27 de la Ley No. 51, determinarán qué casos ameritan la utilización de declaraciones juradas por la vía notarial por abrigar dudas en cuanto a los medios de prueba aportados o considerarlos incompletos.

En este caso la declaración puede hacerse ante el Registrador del Estado Civil en virtud del artículo 132 inciso ch) a menos que éste abrigue dudas en cuanto a los medios de prueba aportados por el promovente por considerarlos incompletos, en cuyo caso se requerirá su autorización ante notario, según refiere el Dictamen No 3 del 9 de julio de 2009 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia.

d) Para la subsanación de errores u omisiones registrales.

En ocasiones, los elementos de prueba de que disponen los promoventes para subsanar errores u omisiones en las inscripciones registrales civiles, no resultan suficientes para llegar al conocimiento de la verdad, por lo que el registrador puede solicitar otras pruebas, como lo es la declaración jurada (con o sin testigos), para mejor proveer los mismos, posibilidad que nos ofrece el inciso c) del artículo 152 del Reglamento de la ley registral civil al referirse a “documentos probatorios que justifiquen la pretensión del interesado”, lo que se justifica legalmente también, en virtud del artículo 281-1 en relación al artículo 261-2 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, laboral y económico (LPCALE).

El dictamen No 3 del 9 de junio de 2003, de la dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia señala que la tramitación de los expedientes de subsanación de errores u omisiones registrales, los registradores civiles amparados en la función calificadora que les concede el inciso a) del artículo 27 de la Ley 51, determinarán qué casos ameritan la utilización de declaraciones juradas por la vía notarial por abrigar dudas en cuanto a los medios de prueba aportados por considerarlos incompletos.

e) Para la realización del cambio, adición, modificación o supresión de nombres o apellidos.

Los incisos e) del artículo 108 y ch) del 109 del Reglamento de la Ley No. 51 del Registro del Estado Civil, regulan que la persona interesada mayor de edad o los promoventes en los casos de menores de dieciocho años que soliciten el cambio, adición, modificación o supresión de nombres o apellidos⁵² tendrán que acompañar al escrito de promoción la declaración jurada ante notario en correspondencia con los requisitos que para la misma establece el artículo 111 del aludido reglamento.⁵³

Cuando el legislador previó que las declaraciones juradas para surtir efectos en los expedientes de inscripción de nacimiento fuera de término así como en los de cambio,

⁵² Cfr. los incisos b) de los artículos 10 y 13 respectivamente de la Ley No. 50 de las Notarías Estatales.

⁵³ La declaración jurada ante notario se hará con dos testigos y en la misma, además de los particulares relacionados con tal declaración, también se consignará **cómo es conocida socialmente la persona**, siendo este el aspecto fundamental que los testigos deben aseverar y el notario advertir del alcance de tal afirmación.

adición, modificación o supresión de nombres y apellidos, se realizaran ante notario; lo hizo atendiendo a la relevancia jurídica que estos actos encierran y a la trascendencia que, en la vida de cualquier ser humano, presupone el nacimiento como hecho natural del cual se derivan consecuencias jurídicas (el surgimiento de la persona y de la personalidad como un atributo esencial de ésta) y el nombre con los apellidos, como elemento diferenciador de los hombres que lo acompañará durante toda su existencia.

- f) El lugar de residencia de los ciudadanos cubanos que residen en el territorio nacional, de los que se encuentran eventualmente fuera del mismo, en correspondencia con lo previsto en la legislación migratoria vigente y de los extranjeros, que tienen la condición de residentes permanentes o temporales.

El Decreto Ley No 248 de 22 de junio de 2007, en su capítulo IV, regula el Registro de Direcciones, que está a cargo de la oficina municipal de carné de identidad y Registro de Población y está comprendido dentro del sistema de identificación del Ministerio del Interior.

- g) Los años de servicio o estudios terminados

Este particular responde a regulaciones complementarias especiales, con efectos también especiales que reconocen la declaración jurada como vehículo formal adecuado, en las que se hacen constar hechos jurídicos que por su índole peculiar no califican como contratos y sin embargo, suplen la carencia de otro medio acreditativo de tales hechos. Tal es el caso de las reguladas por la legislación laboral para acreditar años de servicios cuando de otra forma no se puede tener constancia, así como las contempladas en anexo de la Resolución 444/87 dictada por el Ministro de educación, precisándose en cada caso en particular los requisitos necesarios.

- h) El compromiso de cumplimiento de las leyes y normas de convivencia

Este tipo de declaración jurada surte efectos fuera de frontera y responden a un requerimiento del país en cuestión. Implican un compromiso basado en un respeto pero su contenido no es negocial.

- i) Las fuentes de ingreso.

Estas son exigidas por consulados extranjeros acreditados en el país para otorgar pensiones, remesas o ayuda económica a ciudadanos cubanos descendientes de los nativos de ese país o extranjeros residentes permanentes en el territorio nacional.

- j) Para declarar que un cubano residente en el exterior está solventando económicamente a hijos menores que residen en Cuba.

Esta modalidad de declaración jurada es muy recurrente en los momentos actuales, por lo que con frecuencia se hacen solicitudes de ella en nuestras sedes u oficinas notariales. Requiere que el promovente sea la madre de los hijos menores.

Es así que, el Notario en determinadas situaciones y bajo el manto de su poder calificador, podrá autorizar declaraciones juradas sustitutivas, pero que a su juicio, proceda autorizarlas, basado en los principios de imparcialidad, rogación, admisibilidad en derecho y control de legalidad, asesoramiento y respeto a otras formas documentales superiores, como la escritura pública; debiendo evitar, en todo caso, la autorización de actas de esta naturaleza, vacías o creadoras de una mera apariencia de legalidad o engañosas y siempre teniendo en cuenta su limitada eficacia probatoria.

Consideraciones finales:

Dentro del contexto de las declaraciones juradas, se pueden hacer constar declaraciones de particulares, testimoniales o de referencia, incluso de terceros o manifestaciones del requirente, con carácter extrajudicial cuyo contenido se constituye por declaraciones el rogante o de una tercera persona, sobre hechos pasados o presentes y su valor auténtico está limitado a que dichas declaraciones o testimonios se verifican ante Notario, acreditan la realidad de la manifestación, pero no su verdad intrínseca.

No obstante a esto último, su uso y utilidad puede ser diversa, dando incluso la posibilidad de suplir la carencia de otro medio de acreditar las circunstancias de que se trate como es el caso de las llamadas actas sustitutivas.

En la actualidad no se explotan las posibilidades reales que estas actas brindan en el campo del derecho civil, por el desconocimiento que ellas existe tanto por parte de los profesionales del derecho como de la población, haciéndose necesario lograr una mejor divulgación de sus potencialidades.

La figura del concebido no nacido en el Derecho Civil cubano. Alcance de su protección jurídica. Vinculación con la práctica notarial

Yanay López Ferrán*

Naively Leyva Pérez**

La existencia de una vida en el claustro materno ha sido fuente de preocupación para los legisladores a lo largo de la historia, en tanto se han visto precisados en brindar una tutela jurídica a ese ser que de nacer irrumpiría en las relaciones sociales que el Derecho regula y norma.

Se abre un cúmulo de consecuencias legales y de respuestas jurídicas que se imponen con el objetivo de asegurar a esa vida que aún no ha nacido, continuación de la estirpe y del género humano, todos los derechos y prerrogativas de que goza una persona natural; siempre que le represente un beneficio.

La tutela del concebido a partir del clásico principio “al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables” ha sido plasmada en la preceptiva de los Códigos Civiles clásicos y contemporáneos y bajo la proyección del Código Civil cubano y la teoría escrita en materia civil, es presentada la tesis a través de la cuál es viable la institución del concebido, hasta dónde es exigible su protección jurídica y de qué manera se regula en nuestro ordenamiento jurídico.

Mediante este trabajo se pretende analizar la figura del concebido en la vasta rama del derecho civil y vincularla con la práctica notarial actual. Cómo se manifiesta el actuar del notario cubano en relación a esta institución y si procedería o no un derecho de sucesiones a favor de un concebido que aún está por nacer.

1: Aspectos generales relacionados con el Derecho Civil.

Para el análisis de la institución que nos ocupa se hace preciso conceptualizar algunos términos relacionados con ella y que enriquecen su alcance desde la óptica del derecho civil.

En la definición del concebido, se hace alusión a conceptos o términos como persona, personalidad jurídica y capacidad entre otras, que en su conjunto engloban su significado,

por lo que se hace necesario antes de intentar definir y analizar dicha figura, conceptualizar primeramente estos términos amplios en contenido jurídico.⁵⁴

Con la protección del concebido se protege a la persona como tal desde el momento de su concepción, por lo que la palabra “persona” se reconoce desde tres acepciones diferentes, una vulgar, otra filosófica y la jurídica, siendo esta última la que interesa a los fines de este trabajo por consistir en todo ser capaz de derechos y obligaciones, acepción que incluye tanto a la persona natural como a la jurídica.

Al hablar de **persona** nos referimos a una categoría más amplia por ser el ente capaz de derechos y obligaciones, existente por ser, aún aisladamente, pues se es persona desde el nacimiento, cuando hablamos de **sujeto** nos estamos refiriendo a la persona dentro o actuando en una relación jurídica concreta.

La persona puede clasificarse en natural o jurídica, siendo la primera la que nos atañe. La **persona natural**, como toda categoría jurídica, tuvo su nacimiento en la sociedad dividida en clases. No puede hablarse de la misma en la comunidad primitiva pues en esta el hombre pertenecía a una colectividad y dentro de ella había perdido su individualidad. El surgimiento de la propiedad privada separa al hombre del colectivo y esto lo lleva a interesar del Estado la protección necesaria para sus bienes, su actividad y su propia persona.

Signifiquemos que la persona natural, es decir, el hombre, a lo largo de la historia ha sido conocida también como persona física, individual, humana, visible y que algunas denominaciones han sufrido severas críticas, como por ejemplo la que adopta nuestro Código Civil de persona natural porque es considerada la persona jurídica tan natural como la persona individual. Por ello en ocasiones ha sido propuesta esta última (persona física) como la designación más correcta.

Los derechos de la personalidad pertenecían inicialmente al campo del derecho civil, sin embargo el Código de Napoleón que sirvió de modelo para otros muchos no desarrolló esta categoría esencial de derechos.

Los derechos de la persona física han alcanzado su reconocimiento gracias a documentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas y posteriormente mediante su inclusión como derecho positivo en las diferentes constituciones, lo que ha impulsado su respeto por los poderes públicos.

Otra categoría a tomar en consideración es la de **personalidad**, la que es considerada un atributo consustancial o esencial de la persona, que se encuentra presente en la misma por

*Licenciada en Derecho. Especialista de la Dirección Provincial de Justicia, Artemisa.

**Licenciada en Derecho. Especialista de la Dirección Provincial de Justicia, Artemisa.

⁵⁴ Enciclopedia Colaborativa EcuRed.

el solo hecho de serlo y que puede ser identificada como la aptitud que le es inherente para ser titular de derechos y obligaciones.

Diversos tratadistas y diferentes legislaciones han tratado de definir el momento de nacimiento o surgimiento de la personalidad y ello ha dado lugar a la elaboración de cinco teorías al respecto:

- **Teoría de la concepción:** Según esta teoría, la personalidad comienza desde que se inicia la vida intrauterina, desde el instante mismo de la concepción. Sostienen sus partidarios que el concebido y no nacido es ya persona y como tal tiene personalidad, pues materialmente es el mismo ser que luego tendrá vida extrauterina. Sin embargo, no toma en cuenta esta teoría la dificultad de precisar con exactitud el instante mismo de la concepción, ni tampoco el presupuesto de la individualidad como primera condición de la personalidad, que no está presente mientras no alcance el embrión determinado grado de desarrollo.
- **Teoría del nacimiento:** Sostiene que la personalidad comienza con el nacimiento, pues al ocuparse el Derecho de actos externos, sólo cuando se inicia la vida independiente, luego de la separación natural o artificial del individuo del claustro materno, es que puede reconocerse jurídicamente personalidad a la persona.
- **Teoría de la viabilidad:** Exige para el reconocimiento de la personalidad no sólo el hecho del nacimiento, sino además el nacer vivo y tener aptitud para continuar la vida extrauterina, fuera del claustro materno. La viabilidad fisiológica se basa en la existencia de condiciones mínimas necesarias para que el individuo continúe su vida independiente luego del nacimiento, tales como la existencia y funcionamiento de órganos esenciales, establecida por la ciencia médica. La viabilidad legal consiste en la existencia de condiciones necesarias para que el individuo viva separado del claustro materno durante un período de tiempo determinado, fijado por la ley.
- **Teoría ecléctica:** Esta teoría mezcla elementos de las anteriores, destacando el momento del nacimiento con vida como el que marca el inicio de la personalidad, pero reconociendo derechos al concebido y no nacido, es decir, retrotrayendo los efectos del nacimiento al momento de la concepción para lo que resulte beneficioso al individuo. Es la teoría más acogida por las legislaciones modernas.
- **Teoría psicológica:** Es la menos difundida y aceptada. Parte de considerar que la personalidad jurídica tiene su base en la personalidad psicológica, por tanto la personalidad comienza cuando el individuo adquiere madurez suficiente, cuando adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, aunque las leyes deben reconocer la personalidad, en potencia, desde el nacimiento, pues se presume que todo individuo llegará a adquirir esa madurez necesaria para que exista personalidad jurídica.

El artículo 24 del Código Civil establece el momento a partir del cual se reconoce personalidad a todo individuo, destacando que ésta comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte. No distingue entre partos simples y múltiples, ni ofrece privilegio alguno, en ese último supuesto, al primero en nacer. Si sólo nos detenemos en este precepto, pudiéramos pensar que nuestro Código acoge la teoría del nacimiento, pero la lectura del artículo siguiente nos indica que no es precisamente así.

El artículo 25 del propio texto legal, establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo, lo que evidencia que acogemos la **teoría ecléctica** en nuestra regulación jurídica referente al reconocimiento de la personalidad. El nacimiento, es condición imprescindible para que surja la personalidad, es el momento que marca su inicio según dispone el artículo 24. Pero el concebido se protege jurídicamente haciendo que queden en situación de pendencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta tanto éste llegue o no a ser persona y a tener personalidad.

Definido el término personalidad, y todo lo que este engloba, cabe hacer mención a la **personalidad jurídica**, por la que se reconoce a una persona, entidad o asociación, capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.

Entre persona natural y sujeto de derecho existe una relación directa por ser la primera una categoría abstracta y la otra concreta, en dependencia de que nos encontremos o no en presencia de una relación jurídica establecida, lo mismo sucede con los términos personalidad y capacidad, una manifestada de forma general e inalterable y la otra sujeta a oscilaciones dentro de una relación jurídica civil. La **capacidad** es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que se manifiesta respecto a relaciones jurídicas determinadas.

El Art. 28.1 del vigente Código Civil, en plena coincidencia con lo establecido en el Art. 24 del propio cuerpo legal sobre la personalidad, significa que la persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento, pero el apartado segundo del primer precepto mentado señala que el ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones del mismo Código y por la legislación especial, según proceda.

Estos postulados y otras normas nos permiten establecer diferencias entre la capacidad de derecho y la capacidad de obrar o de ejercicio y resulta entonces punto de partida indispensable para analizar doctrinalmente y con mayor profundidad las distintas manifestaciones de la capacidad civil.

Podemos precisar que la capacidad civil se desdobra en la denominada capacidad jurídica, de derecho, de goce o de adquisición y la capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción.

La **capacidad de goce** a la que se refiere el Art. 28.1 del Código Civil es la aptitud del sujeto para la tenencia, goce o adquisición de derechos. Este tipo de capacidad que implica para el sujeto la aptitud para ser titular de derechos es esencia, es un atributo inherente al mismo, presupuesto general de todos los derechos y es un elemento que no puede faltar en la persona. Dicha capacidad puede ampliarse o reducirse según postulado legal extraordinario o excepcional, pero no podrá ser negada de modo absoluto a una persona.

Algo distinto ocurre con la **capacidad de hecho**. Este tipo de capacidad no es más que la aptitud para el ejercicio de los derechos y para realizar actos jurídicos eficaces, es decir, es la aptitud del sujeto para lograr por sí mismo, sin la intervención o el auxilio de un tercero, la creación, modificación o extinción de derechos, sobre la base de la realización de actos jurídicos válidos. Esta capacidad puede ampliarse o restringirse dando lugar a diversas situaciones reguladas en los artículos 29 al 31 de nuestro Código Civil. Estas situaciones son:

1- Goce total o pleno de capacidad, tiene su fundamento legal en el Artículo 29 del Código Civil.

Artículo 29.1: *La plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos se adquiere:*

- a) *Por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años cumplidos, y*
- b) *Por matrimonio del menor.*

2-Posesión parcial de capacidad o capacidad restringida o limitada:

Artículo 30: *Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria:*

- a) *Los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo,*
- b) *Los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento, y*
- c) *Los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.*

3-Carencia total de capacidad,

Artículo 31: *Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos:*

- a) *Los menores de 10 años de edad y*

b) Los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.

Es precisamente la capacidad de hecho la requerida para concurrir ante Notario Público. Dicho funcionario realiza juicios de identidad y capacidad del compareciente al documento público notarial y a través de su profesionalidad, experiencia y preparación personal, emite tal juicio con respecto a la capacidad del compareciente para la realización del acto, lo que da al traste con el Artículo 29.1 del Código Civil en lo concerniente a que posea o no plena capacidad. De ostentar la persona la capacidad requerida, podrá esta realizar por sí los actos que pretende, lo cual deja plasmado el Notario en el instrumento público que autoriza, específicamente en la parte correspondiente a la comparecencia.

La Ley de las Notarías Estatales en su Artículo 28 plantea que: *“Son incapaces para comparecer en los actos que autoriza el Notario, los menores de dieciocho años de edad, excepto en los casos en que la ley lo autorice expresamente; los incapacitados judicialmente para el acto de que se trate y los que la ley determine en relación con un acto en particular.”*

Es por ello que en la vastísima rama del derecho civil, podemos encontrar la institución conocida como representación, mediante la cual la propia ley ofrece la posibilidad a quien carece de plena capacidad para realizar actos jurídicos por sí, que otra persona actúe en su nombre e interés. Tiene lugar cuando la persona es incapaz para regir su persona y bienes y no puede acudir al acto por cuestiones de derecho. Este tipo de representación recae sobre personas declaradas judicialmente incapaces y sobre los menores de edad. El representante suplente la capacidad del representado, sus facultades están establecidas en la ley y tiene que ser plenamente capaz.

En la **representación legal** las facultades del representante emanan de la ley, la que establece, además, quienes podrán actuar como tal, o sea, quienes podrán representar a otra persona.

Uno de los supuestos en los que opera esta representación es cuando un menor de edad deba ser representado, son sus padres quienes lo representan, amparado legalmente en el artículo 59, primer párrafo del Reglamento de La Ley de las Notarías Estatales. Puede darse por ambos padres en pleno ejercicio de la patria potestad y por sólo uno de los padres porque el otro está fallecido, porque el otro hubiere sido privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad o porque el otro hubiere abandonado definitivamente el territorio nacional.

Otro de los supuestos es cuando el menor es representado por un tutor, en virtud de lo establecido en el Título IV del Código de Familia, cuerpo legal que establece que estarán sujetos a tutela los menores de edad que no están bajo patria potestad y los mayores de edad

que hayan sido declarados judicialmente para regir su persona y bienes, por razón de enajenación mental, sordomudez o por otra causa.

El menor de edad también puede ser representado por el fiscal, lo que encuentra su alcance jurídico en los artículos 60 y 63 del Código Civil, al preceptuar el primero que siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último.

Como ejemplo de ello en la práctica notarial cubana se encuentra la ejecución de actos de disposición sobre un bien del que el menor sea copropietario (permuta, compraventa o donación), para transmitir dicho bien mediante alguno de estos tres contratos, o para la adjudicación de una herencia por parte del menor.

El último de los supuestos en que procede dicha representación es para las personas declaradas judicialmente incapaces para regir su persona y bienes.

La ausencia total de capacidad provoca la **nulidad absoluta** de los actos efectuados por el incapaz. No obstante, hay que tener presente que los actos realizados por el *incapacitado*, es decir, por la persona declarada en este estado por resolución judicial, serán siempre ineficaces, mientras que los realizados por un *incapaz*, o sea, la persona que carece de capacidad pero sobre la cual no ha existido pronunciamiento judicial, podrán ser declarados nulos por ausencia de consentimiento pero demostrando que al realizar cada acto en concreto esta persona se encontraba de hecho incapacitada para regirse a sí misma y a sus bienes.

2. La figura del concebido no nacido en el Derecho Civil cubano.

Siguiendo brevemente la tónica de la historia, según el Derecho romano, al concebido no se lo consideraba persona, por lo que en la Antigua Roma el aborto estaba permitido; sin embargo, se le reconocían derechos. Por ejemplo, si la mujer embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el nacimiento.

Diversas han sido las teorías elaboradas por la doctrina para intentar explicar el fundamento del principio según el cual al concebido se tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables.

En el orden doctrinal los autores se debaten en derredor de la naturaleza jurídica de la protección al concebido, para unos el concebido tiene ya una personalidad provisional o condicional; para otros, aún sin ser persona se le concede una capacidad jurídica condicional.

Para ALBADALEJO “el concebido carece de personalidad y por ello de capacidad” ahora bien - continúa el citado autor - “su protección se realiza no mediante la creación de una personalidad o de una capacidad condicionada o ficticia, sino haciendo simplemente que

todos los derechos o relaciones, que serían favorables al concebido, perteneciéndole si ya fuera persona, queden en situación de pendencia, pero sin modificarse su titularidad actual hasta ver si el concebido llega o no a ser persona”

DIEZ PICAZO, coincide con ALBADALEJO en aceptar la teoría de la situación de pendencia para explicar el fundamento jurídico de la protección del concebido, de manera que “los bienes y derechos que pueden serle destinados si nace, se encuentran en una especial “situación de pendencia” caracterizada por el estado de indeterminación transitoria de su titular”.

En el derecho civil cubano se tiene en cuenta el concepto de concebido a la hora de contraer derechos y obligaciones. Si bien depende de cada ordenamiento jurídico, en el nuestro, el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo, en virtud del artículo 25 de nuestro Código Civil. Siguiendo la línea de las teorías que intentan definir el momento del inicio de la personalidad jurídica, vistas en el capítulo anterior, el concebido se protege jurídicamente haciendo que queden en situación de pendencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta tanto éste llegue o no a ser persona y a tener personalidad. Nuestro Código Civil encuentra una solución mixta que ampara no solo a la propia persona sino también al concebido, otorgando a la primera personalidad desde el momento mismo del nacimiento pero reconociendo también al concebido no nacido la posibilidad de disfrutar de todo lo que le sea favorable con la sola condición de que nazca vivo.

Ante el resurgimiento de la connotación que el Derecho Civil ofrece a los aspectos personales de su contenido, la máxima protectora del concebido adquiere singular significación y debe extenderse no sólo a los efectos que inciden en el ámbito económico, sino también a aquellos otros, previstos ya por el Derecho Romano, que tienden a la protección de la vida y demás atributos de la persona humana. Debe considerarse como efecto favorable al concebido todo aquello que resulte beneficioso para él, no sólo en el orden patrimonial, como las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, sino también en la esfera no patrimonial, en cuanto al respeto a su integridad y a sus atributos como futura persona.

Se discute si tales beneficios han de darse directamente para el concebido o si también es admisible que los beneficios resulten indirectos. Nuestro Código no se pronuncia en tal sentido, por lo que se considera acertada una interpretación extensiva del artículo 25, considerando posible no sólo que los efectos favorables recaigan en el *nasciturus* de forma directa, sino también de forma indirecta, como resulta, por ejemplo, cuando se otorga un beneficio a la madre encinta, quedando con ello también indirectamente beneficiado el futuro hijo.

En general, se entienden hoy como efectos favorables al concebido y no nacido, sin distinguir en cuanto a su naturaleza, los siguientes:

- El concebido tiene derecho a adquisiciones a título no oneroso (donaciones *inter vivos* y sucesión *mortis causa*).
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufrieran sus bienes durante la gestación.
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por afectaciones que sufriera en su situación familiar (muerte del padre o de la madre al dar a luz) que afecte tanto su patrimonio (dependencia económica) como su situación anímica o psíquica (daño moral por la pérdida de sus afectos).
- El concebido que nace con vida tiene derecho a que le sea reconocida su filiación materna y paterna.
- El concebido que nace con vida tiene derecho a ser indemnizado por los daños sufridos en su propia persona durante la gestación (defectos físicos, lesiones orgánicas o funcionales).

No todos los efectos favorables apuntados encuentran cabida en nuestra normativa civil, al menos en un intento hermenéutico primario; no obstante, la forma de regulación abierta del supra citado artículo 25 no limita tales efectos, como a veces se ha pretendido, al ámbito patrimonial, aunque estos resulten los más comúnmente traídos a colación en la práctica jurídica.

Cabe la posibilidad en nuestra práctica notarial, de la autorización de escritura pública de Reconocimiento de Filiación Paterna a favor de un *nasciturus*, a la que comparecerán ambos padres. El Notario hará constar en la parte expositiva del documento que se reconoce la paternidad de la persona que está por nacer, siempre a condición de que nazca vivo.

Efectos favorables en el ámbito patrimonial.

Las adquisiciones a título no oneroso constituyen, sin discusión, efectos favorables que se reconocen al concebido. Sin embargo, el Código no admite expresamente la posibilidad de efectuar donaciones a su favor, cuestión que sí está prevista y regulada en otras legislaciones. En nuestro caso se entiende y regula la donación como un contrato, precisándose para su conformación el consentimiento entre donante y donatario, requisito que no puede cumplirse si uno de los sujetos, en este caso el concebido, no está en condiciones de otorgar su anuencia o manifestar su voluntad de aceptar lo que se le pretenda donar, no estando prevista la posibilidad de que el concebido tenga representante o

de que puedan aceptar por él donaciones otras personas que legítimamente lo representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento.

Nada dice expresamente nuestro Código de Familia en cuanto a la posibilidad de asignar pensiones alimenticias a concebidos y no nacidos al momento de extinguirse el matrimonio por divorcio, sin embargo, nuestros Tribunales han admitido esa posibilidad, aplicando acertadamente para ello lo dispuesto por el artículo 25 del Código Civil. Estando la madre embarazada al momento del divorcio, procede que el Tribunal se pronuncie en cuanto a la pensión alimenticia a favor del concebido y que debe comenzar a percibirla la madre desde el embarazo, pues resulta responsabilidad conjunta de ambos padres prestar alimentos al hijo. Si el embarazo no llega a feliz término o el concebido no nace con vida, no prosperaría demanda de enriquecimiento indebido por parte del padre, pues el traslado de valores de un patrimonio a otro sí tuvo causa legítima, y esa causa deja de existir sólo cuando se frustra el nacimiento con vida, momento a partir del cual lógicamente debe cesar la pensión alimenticia.

Efectos favorables en el ámbito personal.

En la esfera no patrimonial, podría el nacido reclamar indemnización por daños sufridos durante el período de gestación no sólo en los bienes que le correspondan, sino también en su situación familiar como la muerte del padre o de la madre al dar a luz, y respecto a su misma persona por defectos físicos o lesiones orgánicas que le fueran ocasionadas durante su condición de embrión. No se pronuncia nuestro Código Civil en este sentido, si bien podría establecerse una reclamación de indemnización, con base en el comentado artículo 25, siempre que tales daños tuvieran una connotación patrimonial, pues no admite nuestra ley civil el resarcimiento económico por daño moral. Empero, sería dudoso que prosperara y tuviera resultado favorable al demandante una reclamación de esta naturaleza, salvo que estuviera perfectamente identificado el causante del daño.

También debe entenderse como "efecto favorable", no ligado al patrimonio, el reconocimiento de la filiación materna y paterna del concebido una vez ocurrido el nacimiento, particular que sí encuentra respaldo en las disposiciones del Código de Familia, artículos 65 y 74 al 77.

El concebido y el Derecho de Sucesiones

En virtud de lo regulado en el artículo 25 del vigente Código Civil, al concebido, aun cuando no posea capacidad jurídica, pues no adquiere personalidad hasta el momento de su nacimiento, el Derecho le confiere la posibilidad de concurrir a la herencia, sea llamado por testamento, como heredero o legatario, o por disposición de la ley.

Ante la existencia de un concebido, susceptible de poder adquirir derechos hereditarios, por cualquiera de las dos vías concebidas en nuestra legislación sucesoria común, basta probarlo con la certificación médica acreditativa del estado de gravidez de la madre.

Nuestro Código Civil, en tal sentido, no suspende la partición hereditaria, únicamente deja reservada la porción que le corresponde al concebido, según dispone en su artículo 535.2.

El derecho civil cubano no supedita la adquisición de la herencia al nacimiento con vida dentro de las 24 horas siguientes a aquel. Resulta suficiente que tras la expulsión o extracción del feto del claustro materno, este dé signos de vida, para considerársele persona y adquiere los derechos a la sucesión deferida a su favor.

En caso de asistirle el derecho a través de herencia deferida a su favor, procederá el Notario a autorizar escritura de Testamento, y si fuera por disposición de la ley, autorizará escritura de Adjudicación.

Si instantes después del alumbramiento muere, en virtud del artículo 529 de nuestro Código Civil, se transmite el ius delationis a quienes resulten ser llamados a la sucesión que él ha causado. Su adquisición depende de la condición o presupuesto legal impuesto del nacimiento con vida.

Eficacia posterior y retroactiva del nacimiento para la consolidación de los efectos favorables.

La ficción de considerar al concebido como nacido para todos los efectos que le favorezcan establecida por el artículo 25, no indica, como ya se apuntó, que se reconozca personalidad jurídica al concebido, ni siquiera que éste tenga la condición de persona. El nacimiento es condición imprescindible para que surja la personalidad, pero el concebido se protege jurídicamente haciendo que queden en situación de pendencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta tanto éste llegue o no a ser persona y a tener personalidad. El concebido, en cuanto aquello que pueda resultar favorable para él, debe considerarse sujeto futuro de las relaciones jurídicas que le reporten beneficio. La situación de pendencia se resuelve precisamente con el nacimiento, pues si no nace con vida, no adquirirá personalidad ni recibirá efecto favorable alguno que se hubiera reservado para él; pero si nace vivo, se producirá la retroacción de los efectos del nacimiento, es decir, se hacen suyos los derechos que le pertenecerían de haber sido persona durante el período de gestación, quedando la situación como si en realidad lo hubiera sido.

De lo anterior se colige que resulta de gran importancia determinar el momento de la concepción y más tarde, ocurrido el nacimiento de un ser humano vivo, pueden retrotraerse a esa unidad temporal determinados efectos jurídicos favorables a la persona. En general, aunque resulta difícil determinar el momento exacto de la concepción, el Derecho de Familia ha seguido la tendencia de presumir que para establecerlo deben contarse 180 días

luego de producirse la unión de un hombre y una mujer, o atender fundamentalmente al plazo de trescientos días que establece el Código de Familia cubano en su artículo 74. 2) para presumir la filiación, como tiempo máximo para determinar dicho momento, admitiéndose la prueba de que la concepción se produjo antes o después de iniciarse ese período. El legislador familiar acoge este plazo para deducir el momento de la concepción tomando en cuenta el tiempo de gestación que tradicionalmente se ha considerado normal, pero no se trata de una presunción *iuris et de iure*, sino que puede destruirse en el correspondiente juicio de filiación.

Consideraciones finales

Con el presente trabajo se ha tratado de esbozar la figura del concebido no nacido desde la óptica del Derecho Civil cubano. Esta institución no resulta inmensamente utilizada en la práctica jurídica civilista, sin embargo, esto no elimina la posibilidad de encontrarlo en algún momento como institución del derecho civil que es, por lo que se hace necesario conocerla a grandes rasgos ya que le son reconocidos una serie de derechos distinguidos en este trabajo.

Se ha tratado de vincular al concebido no nacido con la vía notarial, pues puede operar un derecho de sucesiones a su favor a través de escritura pública ante Notario, o la autorización de algún otro instrumento mediante el que se le reconozcan derechos al concebido, por lo que se propone a este funcionario público la auto preparación y conocimiento en cuanto a esta institución del derecho civil.

Protección Integral de los derechos de los menores de edad en Cuba. Una mirada desde la Provincia Artemisa

María del Pilar Rodríguez Macías*

Sudelis López Sierra**

Traducir jurídicamente los derechos humanos ha sido objeto de disquisiciones y teorizaciones frecuentes. Cuando de niños se trata, esta traducción se complejiza, pues históricamente el tratamiento jurídico normativo relacionado con estos se encuentra algo retrasado respecto al desarrollo jurídico doctrinal en general.⁵⁵

Las formas de proteger a la infancia han transitado desde la total desconsideración a los niños y las niñas, tal cual lo demuestra nuestra perspectiva contemporánea que evalúa el poder indiscriminado de vida o muerte del pater familia romano sobre sus hijos, pasando por la piedad cristiana impregnada en las normas jurídicas medievales; hasta la concepción moderna sobre cómo tratar a los niños y niñas en consonancia con su condición de sujetos de derecho.

La MS.c Leonela Valdés Lombillo en su trabajo “Algunas consideraciones sobre la protección integral a la infancia” plantea que, hemos avanzado desde su estimación de absolutamente incapaces a su reconocimiento como sujetos de pleno derecho y poseedores de competencias progresivas para intervenir sui proprium en los asuntos que les atañen”.

“La doctrina de la protección integral que refrenda la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N) no siempre ha estado para los niños, niñas y adolescentes, y aún hoy que se

*Licenciada en Derecho. Especialista de la Dirección Provincial de Justicia.

**Licenciada en Derecho. Especialista de la Dirección Provincial de Justicia.

⁵⁵ Al respecto autores como Bombarolo y Urzúa consideran que se ha producido una concientización reciente en cuanto a la condición de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de derecho particularmente en América Latina y ello se traduce en la implementación progresiva y cada vez más extendida, particularmente en América Latina; de políticas públicas destinadas al reconocimiento de la población infante y joven como sujetos de derechos con todas las implicaciones que ello trae aparejado. Bombarolo Félix y David Urzúa “Políticas públicas de juventud de nivel local en América Latina. Aspectos Generales, desafíos y experiencias en Revista Estudio publicación del Centro de Estudios sobre la Juventud ene-jun /2011, p. 27. Ver además Isaac Ravetllat: “Marco Jurídico internacional e interno del derecho de la infancia y la adolescencia” el autor rememora que la infancia es considerada un período válido por si misma a partir de los esbozos que de ella se realizaron a mediados del siglo xvii cobró fuerzas solo a finales del siglo XVIII“...cuando se comienza a establecer una relación de causalidad y posibilidad de supervivencia el niño y los cuidados que se le prodigan”. Ravetllat Ballesté, Isaac (coordinador) y otros: Derecho de la Persona (Acogimiento y Adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal de los menores de edad, y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho), Ed. Bosh. S.A., Barcelona, 2011, pp. 51- 88.

comprende la trascendencia de su asimilación por los sistemas de derecho interno de los países signatarios de la citada convención, resulta difícil cambiar mentalidades y ver en los niños, niñas y adolescentes sujetos de pleno derecho, y ciudadanos capaces en la medida que sus competencias así se lo permitan; de intervenir en los asuntos que con ellos se relacionan.⁵⁶

Los niños no tienen condiciones por sí mismos de satisfacer sus necesidades básicas ni de hacer valer sus derechos y exigir su cumplimiento. En ese sentido, los derechos de niñas, niños y adolescentes deben ser entendidos como deberes de la familia, la sociedad y el estado.

En América Latina y el Caribe, el sector jurídico es quizás el lugar en el que con mayor énfasis se ha expresado este cambio de percepción en relación con los derechos de la infancia y la adolescencia. Ha habido un importante proceso de adecuaciones legislativas tendentes a garantizar el reconocimiento y la exigibilidad de sus derechos. Los antiguos códigos minoristas de carácter excluyente, que habían sido aprobados a principios del siglo xx han sido sustituidos en casi todos los casos por leyes basadas en la C.D.N lo cual ha dado lugar al inicio de importantes reformas institucionales a lo largo del continente, sobre la base de profundas discusiones de carácter ético y político, que han movilizado a los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos y a la sociedad civil.

Antecedentes históricos:

Los derechos humanos de los niños y jóvenes se encuentran explícitamente enunciados en la Convención de los Derechos del Niño, Convención más ampliamente ratificada en la historia. Estos derechos también se encuentran en otros documentos internacionales, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Convenciones Internacionales, la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer, y otros Tratados y Declaraciones incluidos.

Los Derechos Humanos son un conjunto de garantías legales y universales diseñadas para proteger a las personas y a sus grupos de pertenencia, frente a acciones u omisiones que puedan afectar sus libertades y dignidad humana.

Sus Preceptos son: “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; “todos los seres humanos nacen libres e iguales en derecho y dignidad”; “la infancia tiene derecho a cuidados especiales”.

⁵⁶ Memorias de la VII Conferencia Internacional de Derecho de Familia y II Escuela Ibero-Latinoamericana, pp.280.

Las acciones que marcan la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia son las siguientes:

- El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño.
- En el año 1978, Polonia toma la iniciativa de crear la C.D.N.
- En 1979 esta idea es aceptada por la Organización de Naciones Unidas (ONU).
- El 20 de noviembre de 1989 se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño.
- La C.D.N entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.
- El 29 y 30 de septiembre de 1990, se celebra la Cumbre Mundial a favor de la Infancia. Constituye la primera actividad internacional para la puesta en práctica de este cuerpo legal, firmado por 191 Estados.
- La Asamblea General convoca en mayo de 2002 a una Sesión Especial a favor de la Infancia.

La Convención de los Derechos del niño fue aprobada en 1990 por las Naciones Unidas como parte de los esfuerzos que este organismo internacional ha venido realizando en pos de mejorar la situación de los Derechos Humanos en el mundo. Esta convención tiene carácter vinculante, es decir, que es obligatoria para los países que la ratifican.

Regulaciones fundamentales

- Artículo 1: Aclara que se entenderá por niño, todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad.
- Artículo 2: Los Estados Parte están obligados a respetar los derechos que en esta Convención se establecen sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales y a su vez deberán garantizar que los niños no sean víctima de discriminación alguna.
- Artículos 6 y 8: Entre los derechos que este importante Instrumento Jurídico Internacional regula, se encuentra en su artículo No. 6 el derecho a la vida y en el octavo se plantea que los menores preservarán importantes derechos inherentes a su personalidad como el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares.

- Artículo 9: Se plantea que los niños no deben ser separados de sus padres, salvo que determinadas circunstancias o la ley lo exijan.
- Artículo 12: Los infantes a tenor con lo regulado en este artículo, tienen el derecho de expresar libremente sus opiniones en los asuntos que lo afecten directamente, el que se complementa con el derecho de expresión que se le concede en el artículo No. 13.
- Artículo 28: Derecho a la educación.
- Artículo 36: Los Estados Parte deberán tomar todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Artículo este de suma importancia teniendo en cuenta los reiterados casos donde son los niños las víctimas de estos delitos con fines de diversos tipos, incluso, llegando a los casos de prostitución y pornografía infantil.

La segunda parte de esta Convención es dedicada a la creación del Comité de los Derechos del niño, órgano encargado fundamentalmente de velar y controlar el cumplimiento de los preceptos de la Convención por los Estados Parte. El artículo No. 46 expresa que la presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados.

La Convención sobre los Derechos del Niño constituye un tratado específico en materia de Derechos Humanos que reúne, reconoce y, como instrumento internacional, exige el cumplimiento de los derechos humanos fundamentales de la infancia, a la vez que rompe con la imagen establecida – por mucho tiempo- de que las personas menores de 18 años son sólo objeto de protección, para reconocerlas como sujetos de derecho. Supera el concepto de proteger personas y se pronuncia por proteger los derechos de esas personas. Establece y refuerza el vínculo entre infantes, adultos y Estado, porque -como se indica en su articulado-: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Protección integral de los derechos de los menores de edad en Cuba

El Estado cubano no esperó por la adopción de instrumentos internacionales, cumbres o declaraciones y planes de acciones de Conferencias Mundiales para consagrar su voluntad política de proteger y garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Desde la década del 60, se comenzaron a poner en vigor medidas, programas y una legislación proyectada con una perspectiva diferente de las relaciones de la niñez y la adolescencia en la sociedad, dándole el justo valor a la necesidad de avance de la participación e iniciativa de estos, al no solo contemplar una perspectiva de igualdad de derechos, sino también de oportunidades.

En el año 1978, y como una vía de implementar y aplicar a la legislación interna lo que establece la Convención de los Derechos del niño, fue aprobado por la Asamblea Nacional del Poder Popular el Código de la Niñez y la Juventud. Dicho Código regula la participación de los niños y jóvenes menores de 30 años en la construcción de la nueva sociedad y establece las obligaciones de las personas, organismos, e instituciones que intervienen en su educación.

El Código de la Niñez y la Juventud, plantea que el Estado se esfuerza por garantizar a la joven generación las condiciones que permitan su desarrollo mediante un sistema integral y armónico que tome en consideración y conjugue en forma adecuada los intereses sociales e individuales.

La Convención sobre los Derechos del Niño es firmada por Cuba el **26 de enero de 1990, ratificada el 21 de agosto de 1991, y puesta en vigor el 20 de septiembre de 1991.**

Cuba es Estado Parte en 41 de los tratados más importantes en derechos humanos y ha cooperado históricamente con los mecanismos establecidos que se aplican de forma universal y sobre bases no discriminatorias.

Existen una serie de Disposiciones Legales que protegen los derechos de los niños, en esta ocasión mencionaré algunas, pues resultan muchas.

La Constitución de la República se pronuncia por el interés estatal de proteger todos los derechos que emanan de la familia y a su vez crear las condiciones necesarias para que éstas puedan disfrutar de ellos. En su artículo 38 refiere que “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.”

El Código Penal que como objetivo tiene la protección de la sociedad, las personas, el orden social, económico y político y al régimen estatal, respeta y protege en sus regulaciones a la población infantil. Establece la edad de las personas penalmente responsables (mayores de 16 años, y en el marco comprendido entre los 16-18, son reducidos a la mitad los límites de las sanciones). Incrementa las sanciones aplicadas a los adultos infractores ante la presencia de daño o victimización de un menor en las figuras delictivas.

El Código de Familia regula jurídicamente la institución de familia: “relaciones paterno-filiales, obligación de dar alimentos, adopción, tutela, con el objetivo de contribuir al más eficaz cumplimiento por los padres de sus obligaciones con respecto a la protección,

formación moral y educación de los hijos para que se desarrollen plenamente en todos los aspectos...”.⁵⁷

En la Ley de Procedimiento Penal (Ley No. 5/1977) en su artículo 179 se hace mención a la Exploración como vía de examen a aquellas personas menores de 16 años, que resultaren testigos de algún hecho que revista características de delito, a los que no se le hará la advertencia de la obligación en que se está de decir la verdad sin ocultar lo conocido y sobre la responsabilidad penal en que incurriría si faltare a tal deber.

Lo anterior se inserta en el Capítulo VI “De las Declaraciones de los Testigos” de la precitada disposición jurídica, sin hacer más alusión al proceder que debe seguirse o las pautas observables como parte de la aludida Exploración (de la que tampoco se ofrece, al menos, somera delimitación conceptual) o si es posible ser aplicada a menores de edad cuya posición trascienda a la de testigo, piénsese en las víctimas.

No caben dudas que la parquedad con las que queda expuesto este particular en el proceso jurídico-penal pudiera dar lugar a inadecuados manejos, muchas veces inconscientes, por parte de aquellos cuyo rol es brindar los elementos suficientes que permitan determinar la ocurrencia o no de algún delito.

Según la Instrucción 173/2003 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular cuando exista un menor de edad presuntamente víctima de un delito, el Tribunal que conozca determinará si su exploración en el juicio oral resulta imprescindible o no, tomando su decisión sobre la base de:

- Evitar la victimización (secundaria) del mismo;

Se refiere a la respuesta del sistema legal a las expectativas de la víctima y la actitud de ésta ante el mismo, lo que se convierte en un indicador importante de la eficacia de la Justicia. El trato inadecuado a las víctimas por parte de los operadores del sistema legal, las torna llenas de reservas y miedos que se traducen en falta de cooperación para el esclarecimiento de los hechos debido a la desconfianza en la Justicia, cuestión ésta nada plausible si se toma en cuenta que el principal testigo de cualquier hecho es la víctima del mismo y que la falta de empatía y seguridad durante la investigación puede conducir a la impunidad del mismo.

- No afectar su integridad física y psicológica;
- La relevancia o importancia del testimonio en cuestión;
- La opinión del facultativo que lo atendió;
- Los argumentos presentados por la acusación y la defensa; y

⁵⁷ Ley No. 1289, Código de Familia de 14 de febrero de 1975.

- Si es suficiente la entrevista filmada, de haberse realizado.

Pudiera parecer que con esta Instrucción queda resuelta la omisión del artículo 179, sin embargo, aunque lo complementa en lo que respecta a la actuación en sede judicial, en la misma no se pauta de manera adecuada el desarrollo de la Exploración propiamente dicha.

Incluso, atendiendo a la tratada disposición cabría cuestionarse si existe regulación sobre la metodología empleada para examinar a un menor de edad fuera de la sede judicial, cómo se obtiene el testimonio filmado del niño, niña o adolescente a que se hace referencia en el cuerpo de la Instrucción garantizando las condiciones propicias para que se observe en este proceder el interés superior del niño.

El **Interés superior del niño** debe estar presente en todo tipo de evaluación o análisis que los involucren, igualmente los principios generales de la no discriminación, de supervivencia y desarrollo, así como de respeto a la opinión del niño, deben tenerse en cuenta para determinarlo.

Por otra parte la Fiscalía General de la República tiene un papel importante en la Protección de los Menores cumpliendo con las funciones recogidas en Ley 83 de la Fiscalía y demás indicaciones metodológicas, de las cuales mencionaremos las siguientes:

- a) Al representar y defender a los menores que carezcan de representante legal o cuando los intereses de éste sean contrapuestos a los del menor;
- b) Visitar los hogares e instituciones dedicadas a la tutela y educación de menores sin amparo filial para conocer la situación legal de éstos y proteger sus derechos , bienes e intereses, disponiendo las medidas que procedan;
- c) Realizar visitas de control de la legalidad a las unidades de la Policía Nacional Revolucionaria para verificar el cumplimiento de lo establecido en la atención a menores que hayan incurrido en conductas infractoras o hechos tipificados como delitos;
- d) Realizar visitas de control de la legalidad a las unidades de la Policía Nacional Revolucionaria para verificar el cumplimiento de lo establecido en la atención a menores que hayan incurrido en conductas infractoras o hechos tipificados como delitos;
- e) Visitar las escuelas de conducta y centros de reeducación de menores, para comprobar el cumplimiento de las normas establecidas para la permanencia y tratamiento de los menores que se encuentren en estos centros;
- f) Examinar todo tipo de documentación relativa a la situación de los menores, así como efectuar entrevistas a éstos, a los maestros, psicólogos, pedagogos,

trabajadores sociales, juristas y otros funcionarios encargados de la educación y reorientación de los menores;

- g) Visitar las comunidades para chequear el cumplimiento de las medidas impuestas por los Consejos de Atención a Menores;
- h) Entrevistar a los padres;
- i) Disponer el inicio de procesos penales contra los padres incumplidores de sus obligaciones para con sus hijos menores de edad; se pronuncia ante las violaciones detectadas y exige por la restitución del orden y el cumplimiento de lo establecido.

Ello explica que la legislación nacional es consecuente con los tratados, convenios y demás instrumentos internacionales.

También contamos en Cuba con el Centro de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes (CPNNA), que tiene como su principal cometido la intervención para prevenir o disminuir, según sea el caso, la victimización secundaria en menores de edad que han resultado víctimas de delitos, en especial aquellos vinculados al abuso sexual. Lo anterior se materializa en el Proceso de Exploración, así como en la atención, orientación y tratamiento psicológico y psiquiátrico brindado a las víctimas y su familia. Desarrolla diferentes investigaciones, con enfoque transdisciplinario, sobre el abuso sexual infantil

En Cuba se realizan políticas sociales, programas y proyectos en las áreas de la salud, educación, seguridad social y otras como son:

- Programa Nacional de Atención Materno-Infantil
- Programa de Promoción de la Lactancia Materna,
- Programa para la Reducción del Bajo Peso al nacer,
- Programa Lucha contra las Enfermedades Diarreicas Agudas, y las Infecciones Respiratorias Agudas,
- Programa Nacional de Inmunizaciones,
- Programa de Prevención y Diagnóstico Precoz de Enfermedades Genéticas.
- Programa Nacional de Acción sobre los Accidentes en menores de 20 años.
- Programa de Maternidad y Paternidad Conscientes,
- Programa Nacional de Agua Potable y Saneamiento.
- Programa de Educación Comunitaria Para la Vida.

- Programa Educación Formal para una Conducta Sexual Responsable y los Proyectos Crecer en la adolescencia y Mi proyecto de vida.
- Plan del Médico de la Familia, dentro de la Atención Primaria de Salud.
- Programa de atención integral a la familia
- Programa de Atención Integral al Adolescente.
- Programa Educa a tu hijo.

Existe también un Proyecto de Divulgación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Cuba que nace como proyecto tripartito, firmado por los Gobiernos de la República de Cuba y Finlandia y la Oficina de UNICEF en La Habana en el año 2000, y tiene desde sus inicios en el Ministerio de Justicia su Coordinación Nacional. Constituye un conjunto de acciones que se desarrollan a diferentes niveles: nacional, provincial y municipal, con el propósito fundamental de elevar la conciencia jurídica de la niñez, la adolescencia y de la población adulta en general en torno a los derechos de las generaciones más jóvenes de cubanos y cubanas. Tiene dos aristas fundamentales para su implementación: la divulgación y la capacitación.

El Proyecto presenta una doble perspectiva: por una parte se plantea la divulgación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes a través de publicaciones, revistas de impacto nacional, informaciones en los medios de comunicación masiva, afiches y folletos. Por otra, desarrolla una labor de capacitación, tanto a nivel nacional, como local para todos a aquellos profesionales y actores comunitarios que en su trabajo tienen relación con niños, niñas y adolescentes. Este Equipo Técnico Nacional integrado por profesionales en las diferentes disciplinas del saber e instituciones (estructura que se anexa al presente trabajo), imparte contenidos afines con la legislación Nacional e Internacional a los Grupos Técnicos Provinciales, y estos a su vez, llevan la experiencia al nivel local.

El derecho humano fundamental a una vida digna rebasa la letra de la ley para incorporarse en la esencia misma de la concepción humanista de la Revolución Cubana, que proyecta la construcción de una sociedad sin discriminación ni exclusión.

Una mirada desde Artemisa.

Nuestra joven provincia está trabajando arduamente por lograr que a sus menores de edad se les respete sus derechos, en este Capítulo se relatará de una manera general y clara, las acciones que se realizaron en el año 2014, y que continuamos en este.

En Artemisa en su Dirección Provincial de Justicia radica el Centro de Referencia Provincial del Programa por un Mundo al Derecho, está al frente del mismo una Especialista del Departamento de Asistencia Jurídica que atiende Divulgación Jurídica.

Como planteamos anteriormente el Centro de Referencia recibe orientación metodológica y capacitación por parte de la Dirección de Información y Divulgación Jurídica del Ministerio de Justicia. Cada dos meses se reúne el Equipo Técnico que está conformado por representantes de las Direcciones Provinciales de Salud Pública, Cultura, Deporte, Educación, además de los representantes de la Organización de Pioneros José Martí y la Federación de Mujeres Cubanas; en estos momentos presentamos dificultad con la asistencia de algunos de ellos. En esas reuniones se imparten capacitaciones con temas afines a la protección de los derechos de los niños, se recogen las inquietudes que puedan tener, se divulgan actividades que ellos deben trasladar a sus homólogos en los municipios donde también está conformado un Equipo Técnico dirigido por una Especialista de la Sección de Justicia, es en el territorio donde se recoge los casos concretos que se hacen llegar a la provincia, con el objetivo de recibir el asesoramiento adecuado.

En Artemisa existen 5 Círculos de Interés en las escuelas primarias de los municipios de Alquizar (1), Caimito (1), San Antonio de los Baños (1), y San Cristóbal (2), y 8 en las escuelas secundarias de los municipios de Alquizar (3), Bauta (1), Candelaria (1), San Antonio de los Baños (1), y San Cristóbal (2), para un total de 13 Círculos de interés que realizan su labor basados en temas jurídicos relacionados con los derechos de los menores de edad.

Se trabaja en la preparación de los profesores de educación cívica en los municipios de Alquizar, Candelaria, Caimito y San Cristóbal, y en todos los municipios se realizan charlas y conferencias e intervenciones en los medios de difusión masiva.

La Biblioteca Municipal Antonio Maceo del municipio de Bauta fue seleccionada dentro de las ocho bibliotecas públicas para integrar el proyecto “Por un Mundo al Derecho”, por lo que se ha dado a la tarea de involucrar los servicios y proyectos de información y promoción en función de fortalecer la cultura de derechos.

Como otras de las acciones que se llevan a cabo en la provincia son las actividades que acomete el Grupo Coordinador del Programa Educa a tu hijo que atiende la población infantil de 0 a 6 años, integrado por representantes de los CDR, FMC, UJC, ACRC, INDER, Salud Pública, Cultura, Trabajadores Sociales y centros importantes de la Comunidad, que se reúnen los últimos lunes de cada mes en el Órgano de Dirección de Educación. Este grupo es el encargado de coordinar las acciones a realizar con un carácter intersectorial como:

- Visitas a los hogares.
- Control a las embarazadas.
- Control de los niños con necesidades educativas especiales (NEE).
- Capacitación a familias, ejecutoras y grupo.

- Talleres de familias para la confección de medios de enseñanza.
- Actividades recreativas, culturales y deportivas.

La provincia cuenta entre las edades de 0 a 6 años con 32 900 niños y niñas en el 2014, debían recibir atención por la vía no institucional 22776 y se atienden 22340 lo que representa el 98,1 %. La población no atendida es de 436 niños y niñas que representan el 1,0 % entre las causas más significativas están: zonas de difícil acceso, familias que cambian con frecuencias de hogares y la falta de ejecutoras voluntarias.

Consideraciones finales

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes que se hallan en conflicto con la ley penal, amerita la promulgación en nuestro país de una legislación que responda a los preceptos de la doctrina de la protección integral. Comprender la exacta dimensión de la noción que es la protección integral a la infancia, dejará al legislador en mejor posición para la adopción de las instituciones.

La protección integral a la infancia requiere no solo de una materialización normativa o legislativa, precisa además de su concreción preventiva, de protección y asistencial a través de la creación de las instituciones, organismos y departamentos especializados en la atención a la infancia.

Es deber de los operadores del derecho y de todos los actores sociales relacionados con la infancia, ampliar el concepto de protección integral hasta darle la connotación que tiene hoy en el mundo. Y no se trata de seguir ciegamente los aires de globalización, sino de sensibilizar a quienes deciden sobre la infancia con lo más avanzado en materia de respeto a la condición de sujeto de derecho de ese sector de la población.

Hoy se convoca a hacer realidad la condición de ciudadanos de los niños, niñas y adolescentes y ello supone darles la posibilidad de participar y decidir sus asuntos en correspondencia con sus competencias.

Las políticas básicas de infancia en Cuba son exitosas. A pesar del lastre del bloqueo, nuestro Estado garantiza un estatus asistencial y protectivo elevado para sus niños y sus familias. Se les dota de las condiciones necesarias para lograr un adecuado desarrollo, pero es imprescindible acotar la necesidad de perfeccionar la legislación de los niños, niñas y adolescentes que entran en conflicto con la ley penal y crear mecanismos en que los propios menores puedan denunciar cualquier acto que viole sus derechos.

El Derecho y la mujer

Gloria M. Márquez Fernández*

En todas las épocas se ha hablado del derecho lo que significa que este no es solo patrimonio de los juristas, sino que el término también es utilizado por otras ciencias como la Ciencia Política, la Sociología, la Ética, la Filosofía. En la práctica no se ha logrado abarcar adecuadamente su esencia. Desde el punto de vista filosófico, el Derecho es voluntad, elevada a la categoría de ley, de la clase dominante; su contenido está determinado por las condiciones materiales de vida de esa clase, por los intereses de la misma.

El Derecho se estructura como un sistema de normas, de reglas de conducta establecidas o sancionadas por el poder estatal. La peculiaridad de las normas jurídicas consiste en que su cumplimiento está garantizado por la fuerza coercitiva del Estado, es decir, por los Órganos del Orden, del cuidado de la soberanía nacional, de nuestras fronteras aéreas y marítimas.⁵⁸

Como parte de la superestructura el derecho se halla determinado por las relaciones de producción imperantes en la sociedad, da forma y consolida tales relaciones, así como demás relaciones sociales basadas en la producción. Esto es así porque la economía en todas las sociedades es la que determina en última instancia, todos los fenómenos y procesos sociales, morales, políticos, jurídicos, según explica Carlos Marx y F. Engels en su obra *La Ideología Alemana*.

El tipo histórico de derecho corresponde a la Formación Económico- Social. El derecho esclavista, feudal y burgués tiene en común consolidar las relaciones de dominio y subordinación basadas en la propiedad privada, relaciones de explotación.

En el derecho esclavista y feudal se afirmaba el poder de la minoría sobre la mayoría y la situación privilegiadas de las clases dominantes. Y el de los capitalistas que aparece ante la sociedad de forma demagoga, pues aunque declaran derecho de todos, los derechos de la clases explotadas solo son formales. En la época del imperialismo la burguesía renuncia sensiblemente a la legalidad establecida por ella misma y aplica métodos extrajurídicos de gobierno.

En la edad moderna , mediados del siglo XIX, década de los años cuarenta, con el surgimiento del marxismo, surge la posibilidad de luchar por los derechos de todos, es decir, de la mujer y el hombre, ya que en su sociedad ideal argumentada y promovida desde

*MS.c en Ciencias de la Educación Superior, Profesora Auxiliar del Departamento de Marxismo-Leninismo de la Universidad de Artemisa.

⁵⁸ Enciclopedia Colaborativa EcuRed.

la teoría filosófica de Carlos Marx y Federico Engels, fueron expresadas de manera sencilla, cómo debía ser la nueva sociedad y apoyándose en las ideas de los utópicos franceses, pronosticaron la futura sociedad sin exclusiones ni de raza, ni de sexo, ni de religión, por lo que proyectaron la igualdad entre los hombres como resultado de las transformaciones que en el orden económico debían realizarse sobre todo la transformación de la propiedad privada en propiedad social. Esta condicionaría, como lo ha demostrado la historia, que al eliminar la explotación del hombre por el hombre, dígase también de la mujer por el hombre, se desarrollaría la igualdad social y de género.

El derecho históricamente experimenta en sí mismo, en las sociedades antagónicas como las que nos precedieron y existen hoy, la influencia de la lucha de clases y hasta cierto punto puede servir como exponente de la correlación de las fuerzas de clases y aunque se produzcan algunas concesiones no cambia el contenido del derecho en esas sociedades.

Es por tanto el **objetivo** del trabajo revelar cómo ha sido la lucha de las mujeres a través de la historia de la humanidad para lograr sus derechos esenciales, incluyendo a Cuba en lo logrado, pero que aún faltan cosas por alcanzar.

Estas reflexiones iniciales permiten entonces, remontarse a la época antigua siglos 300 a.n.e. en el cual prevalecieron las relaciones de producción esclavista, donde de forma absoluta se excluyó el derecho a las mujeres cuestión que fue repitiéndose por muchos siglos, pero que no significó que las mujeres todas, se mantuvieran pasivas, hubo muchas mujeres consideradas filósofas que se impusieron a su época y aportaron a su tiempo su sabiduría, tales son los casos de Hypatía de Alejandría, fue una filósofa y maestra neoplatónica griega, natural de Egipto, que se destacó en los campos de las matemáticas y la astronomía; Theano d' Crotona, dirigió una escuela filosófica con "*plenas cartas de reconocimiento*"; también como la primera mujer matemática occidental, Aglaonice, considerada como una de las primeras mujeres astrónomas; Agnódice, Primera mujer médica y ginecóloga ateniense.

En el medioevo, se destaca Luisa De Mecklemburgo, reina de Prusia, fue una asesora política de su país; en la época de la Ilustración siglos XIII XIV de n.e., María De Zayas Y Sotomayor (1590-1661), Una de las principales plumas del siglo de oro en España, tuvo que defender el derecho de las mujeres a la educación.

Época moderna, Un 7 de abril de 1803, en París nace Flora Tristán (1803-1844), precursora del socialismo y del feminismo. Propugnó la organización de la clase trabajadora y defendió los derechos de las mujeres. Escritora y activista francesa.

En el siglo XIX ya existía internacionalmente movimientos feministas que contribuyeron al desarrollo de las conquistas revolucionarias sus demandas, al voto, al trabajo, a la dignidad, al respeto. El problema de los derechos de las mujeres en los países en desarrollo ha estado en la agenda por más de 20 años. Sin que aún se halle una solución definitiva y justa a los

reclamos de estas. Kate Young, de China, plantea que la posición social de las mujeres, cualquiera que sea su clase, ha empeorado como resultado de la integración de los países en desarrollo al mercado, al margen de si su condición ha mejorado o no.

Existe menos consenso, sin embargo, sobre cuáles son las estructuras básicas que han producido este resultado desigual. Esto se produce por varias razones, según Kate:

1. “Los poderes coloniales han destruido la organización política de sus naciones sometidas, incluyendo la de las mujeres, para reemplazarlas por formas políticas más manejables, en las cuales las mujeres están notablemente ausentes.
2. En la estructuración de la economía se centró deliberadamente en los hombres para crear una unidad social y económica básica similar a la de occidente- la familia nuclear- considerada un componente socioeconómico esencial del sistema de mercado.
3. Los insumos necesarios económicos y de otro tipo, fueron básicamente destinados a los hombres según los estereotipos occidentales, ignorando las necesidades de las mujeres como productoras y exacerbando su dependencia de los hombres.”(1)

Lo que explica que la lucha de las mujeres de los países en vías de desarrollo es muy dura porque el acceso al trabajo, condición esencial para mantener un hogar estable, económicamente y el desarrollo de sus miembros acorde con el desarrollo que la sociedad en general va adquiriendo es limitado en nuestros países. Por tanto, el derecho por el que se lucha es a la igualdad de derechos, al trabajo, al acceso de los recursos porque tanto se desempeña el hombre como la mujer en cualquier trabajo, salvo en aquellos que requieren mucha fuerza o energías que puedan afectar a la mujer, pero en estos casos son mínimos.

Otros de los derechos que se limita a la mujer en algunos países, fundamentalmente de Asia y África, son los derechos sexuales. En muchos lugares de estos continentes, se mutila a la mujer para que no tenga deseos sexuales solo sirva para la reproducción, afectando no solo desde el punto de vista biológico, sino psíquicamente, porque en las relaciones sociales de pareja median los sentimientos, las fantasías eróticas, el placer, lo que en esas jóvenes mutiladas quedan ausentes totalmente ese derecho a una vida normal, y sana.

A partir de la Revolución francesa, 1879, se comenzó a hablar de los derechos humanos, libertad, igualdad y fraternidad, que por supuesto los son, lo que no los únicos y no son ellos los que abarcan todos los derechos de los hombres y mujeres del globo.

El derecho al sufragio universal ha sido otra lucha feminista en el mundo. El eminente estallido de la Primera Guerra Mundial en Europa condujo a que muchos paradigmas que existían sobre la mujer- mujer para la casa, como madre, para atender al marido- variaran al producirse una ruptura con su tradicional papel doméstico y tener que desempeñar funciones no tradicionales.

Posteriormente finalizada la II Guerra Mundial, en la creación de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se adopta por la Asamblea General de esta organización la Declaración de los Derechos Humanos que entre sus consideraciones plantea:

- “Que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales o inalienables de todos los miembros de la familia humana”,
- “Que el desconocimiento y el menosprecio a los derechos del hombre han originado actos de barbarie, ultrajes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como aspiración más elevada de hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y la miseria, disfruten de la libertad de creencias”
- “Que los derechos del hombre sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido(forzado) al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”
- “Los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, su cooperación con la Organización de Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”.

Hasta aquí en las consideraciones de la declaración solo en una se hace alusión a la mujer y al hombre en el resto solo el lenguaje es sexista, se refiere al hombre.

Ya en el contenido de la Declaración de los Derechos Humanos se proyectan toda una serie de derechos que han sido y siguen siendo violado por las Naciones Unidas, pero que todas van referidas al hombre como ‘término genérico’, pero de lo que se trata es que ,en esta Declaración estuviese explícito los derechos de la mujer en todos los órdenes, porque que habla en sus articulados de persona, individuo o de hombre, cuándo hace la distinción, cuando habla del matrimonio donde refiere que todo hombre o mujer en edad núbil(en edad adecuada) tiene derecho a casarse independientemente de raza, nacionalidad, religión, etc..

Los grupos de mujeres organizados alrededor de las ideas feministas sufragistas que habían tenido conflicto con sus gobiernos, matizarían estos rencores con un actitud solidaria hacia los afectados de la guerra. Las combativas sufragistas inglesas organizaron más de 800 hospitales con un total de 300 000 camas sin costo para el estado, con lo que ganaron popularidad en su país y crearon una nueva imagen que se divulgó junto a los acontecimientos de la contienda bélica.⁵⁹

En Cuba estas ideas comenzaron a ganar difusión entre las mujeres, quienes utilizarían la prensa escrita para cuestionar el círculo hegemónico masculino sobre el poder. Una de las

⁵⁹ González Pagés, Julio César: La Diáspora feminista en la República, 1898-1925. Artículo Impreso s/f.

más combativas en este inicio la conocida independentista Magdalena Peñarredonda, quien comentó:

“¿Por qué no serán las mujeres electoras y elegidas? ¿No son abogados, médicos, farmacéuticos, etc, etc.? Y después de todo, para hacer lo que aquí han hecho los hombres, no se necesita ser ningún Pico de la Mirándola. Para votar créditos, pedir pensiones, votar por negocios como el de Dragado, el Arsenal y recibir una nota conminatoria a cada paso, no hace falta ni grandes energías viriles, ni gran inteligencia.”⁶⁰

El sufragio se hacía inevitable en Cuba. En 1912 se crearon las primeras asociaciones legalmente registradas, siendo la primera el Partido Popular Feminista, constituido en La Habana, en noviembre de 1912 y presidido por Emilia Pérez de Viñas. Un mes después se crearon las Sufragistas Cubanas, presidida por Digna Collazo, y la más importante el Partido Nacional Feminista que quedó constituido en la ciudad de La Habana en el barrio del Vedado, el 12 de diciembre de 1912, en la casa de Amalia E. Mallen de Ostolaza, para hacer propaganda en pro de la igualdad civil y político – social de ambos sexos y proponer leyes y medidas a favor de mujeres y niños. Esta agrupación sería la protagonista del sufragio cubano en los primeros años, no solo pidiendo el anhelado voto sino incluyendo reivindicaciones para las trabajadoras que quedaron reflejadas en su programa. En el contenido de este se señalaba:

- Reforma de la ley del Servicio Civil estableciendo un tanto por ciento de los destinos públicos sean desempeñados por mujeres.
- El libre acceso a todos los comercios, industrias y oficios e igualdad de salarios.
- Los cargos de telegrafistas, mecanógrafas, tenedora de libros y dependientes de establecimientos que expidan únicamente o principalmente artículos de señoras y niños o niñas, venta de lotería en taquillas para espectáculos públicos sean, ocupados por mujeres.

La historia más divulgada de la nación cubana hace hincapié a partir de los siglos XIX y XX, pero realmente se está ignorando los siglos XVI, XVII y XVIII, que también hubo lucha de mujeres por sus reivindicaciones. La historiografía le ha restado el verdadero protagonismo de las mujeres en la vida social, política y cultural de las féminas.

El feminismo ha sido un término utilizado como un símil del machismo y en otras ocasiones como su contrario. Totalmente errónea es la el análisis de esta relación ya que el feminismo ha sido un movimiento histórico social de las mujeres que junto a las luchas de la clase obrera por sus reivindicaciones favoreció el desarrollo de estas, mientras que el machismo no es más que un estereotipo, una conducta del hombre hacia la mujer, mostrando su poder y supremacía sobre esta.

⁶⁰ Peñarredonda, Magdalena: El feminismo en Cuba, en La Noche, 2 de febrero de 1913, p. 1.

En Cuba cumplió según el Lic. Julio César González, un papel revolucionario, porque gracias a esas luchas se obtuvieron importantes reivindicaciones con aval jurídico como fueron:

- La Ley de la Patria Potestad (1917)
- Ley del Divorcio (1918)
- Del Sufragio Femenino (1934)

Se han destacado mujeres como Vicentina Antuña, profesora y escritora, Mirta Aguirre, la dominicana cubana, Camila Henríquez Ureña.

En la década de los años 70, las ideas de la educación especial para la mujer permitieron una asimilación mucho más rápida de las nociones feministas. Los colegios para señoritas, permitieron que pedagogas como Dora Galarraga y María Luisa Dolz ganaran en prestigio sobre todo esta última que incluyó en la Segunda Enseñanza, requisito obligatorio para la entrada de mujeres cubanas a la Universidad.

Posterior a ello se organizaron en Cuba, clubes femeninos que simpatizaron con las ideas separatistas de los independentistas cubanos, y ello permitió que las mujeres estuvieran presentes en espacios públicos donde se debatía el futuro de la isla.

Las mujeres en ese siglo XX, utilizaron la prensa como vehículo para divulgar sus ideas y defender sus derechos a la palabra, también lo hicieron a través de la poesía.

Así paulatinamente el movimiento feminista en Cuba fue fortaleciéndose y ganando espacios y se permitió a las mujeres optar por especialidades profesionales que solo eran para hombres, según las posiciones machistas y estereotipadas por la sociedad patriarcal, como la arquitectura, la Física, las Ingenierías, las investigaciones.

El triunfo de la Revolución cubana y el actuar revolucionario y visionario del Comandante en Jefe y la compañera Vilma Espín Guillois, fue decisivo en el cambio de mentalidad primero de los dirigentes de la Revolución y luego en el pueblo en general. Con su tesonera labor desde los organismos políticos y estatales, la compañera Vilma logra que se dicten leyes que amparan a las mujeres, que respaldan su actuar en la sociedad, así como incide en la derogación de leyes y decretos discriminatorios de la mujer. Gracias a su labor se obtienen los siguientes logros jurídicos en favor de la mujer:

- Aprobación del Código de la niñez y la juventud.
- Higiene del trabajo.
- Código de la familia.

- Ley de Seguridad social que entre otras cosas ampara a la mujer de la tercera edad que vive sola, no tiene amparo filial y a las madres con hijos discapacitados para que reciban un estipendio y puedan atender a su hijo, ya que no puede trabajar fuera.
- Decreto Ley 64 sobre la Atención a Menores y el 95 sobre el Trabajo de las Comisiones de Atención y Prevención Social
- Modificaciones en el Código penal para amparar y prevenir, la violencia, violaciones sexuales, acoso a las mujeres y niñas. Y contribuyó a sus modificaciones 2002, exigiendo una penalización acorde con alguno de esos delitos. Impulsa a la adopción de medidas severas dirigidas a defender y proteger la infancia y la adolescencia de la comisión de cualquier delito que pueda dañar el normal desarrollo afectivo, psicológico, físico y cultural de niñas, niños y jóvenes.
- La Ley de maternidad de la trabajadora (1974), su modificación 2003. Que asegura la licencia también por paternidad, de acuerdo a las decisiones de la pareja.
- Introduce la visión de género en el sistema cubano de salud, especialmente de la salud reproductiva y sexual.
- Sin embargo, a pesar de todos esos logros aún se requiere profundizar en el Código Penal modificado en el 2002. Es insuficientes aún, porque realmente la sanción para la violación de la mujer en el actual Código penal en el Título XI denominado **Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud.** en su Capítulo I, sobre **Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales**, su artículo 298.1 modificado expone, Se sanciona con privación de libertad de **cuatro a diez años** al que tenga acceso carnal con una mujer, sea, por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - Uso de la fuerza o intimidación,...etc. Solo aumentan los años de la sanción si concurren más de una persona. Habría que cuestionarse ¿Y el daño psicológico que deja la violación de un individuo sobre una mujer, cuándo se borra de la mente de la agredida? ¿quién paga ese sufrimiento y esa frustración para toda la vida en la mujer? ¿Es justo solo hasta escasos diez años? No está a nivel de esa dura realidad el derecho al respeto y a la dignidad personal de las mujeres. Lo más penosos que se reduce por buena conducta dentro del penal. Se deberá continuar trabajando para ser más justos en este sentido.
 - Otra arista de lo alcanzado por la Revolución Cubana en materia de derechos es la Constitución de la República donde existe el Capítulo IV relacionado con la familia, el Capítulo VII sobre los Derechos y deberes, pero en ella también hay

manifestación de un lenguaje sexista. En su artículo 45 refiere el derecho al trabajo para cada ciudadano, ¿por qué no y ciudadana? Y hace alusión al trabajador como término genérico, pero es tiempo de que se asuma en ambos géneros.

Consideraciones finales

La historia de las luchas de las mujeres, por sus derechos ha sido una historia larga, algunos escritores la consideran demasiado larga, pero se ha escrito poco, se ha divulgado poco, por lo que se está en compromiso con ellas.

La incorporación de un análisis marxista y de la teoría de género en el país como política del Estado y del Partido, ha facilitado la comprensión de la unidad indestructible que existe entre la opresión sexual, la división sexual del trabajo y la estructura económica de clase. Esta reflexión descansa en la concepción materialista de la historia donde los clásicos del marxismo, demostraron que en la base de todos los fenómenos y procesos sociales, se encuentran los procesos económicos, las relaciones de producción.

De ahí que los cambios que se han producido en la lucha de las féminas a través de la historia de la humanidad, hayan ido cambiando en la medida que estas, lograban sus derechos e ideales.

La Cuba de hoy tiene aún mucho que mostrar al mundo, de cuánto puede la mujer hacer en la sociedad y su progreso, cuando existe una voluntad política para que ello se haga realidad.

Contribuciones del principio de oralidad al avance en Cuba del Proceso Civil por audiencias

Deisy Rivera Herrera*

Yuliesky Amador Echevarria**

El Derecho Material o Sustantivo, fijan las reglas de conducta, el nacimiento y efectos de las relaciones jurídico-patrimoniales y personales de los individuos, pero no asegura el goce de los derechos ni el cumplimiento de los deberes, no determina cómo estos deben realizarse cuando los ciudadanos incumplen sus obligaciones, ni protege el derecho e impone su cumplimiento. El medio de hacerlas efectivas cobra extraordinario protagonismo, y no es otro que el Derecho Procesal Civil.

El tiempo que transcurre entre la violación y la reintegración del derecho es por sí mismo un daño al sujeto del derecho, la demora puede ocasionar perjuicios irreparables o pérdida de otros beneficios; incluso, a veces la inobservancia de las formas produce la pérdida del derecho, es por ello, que entre la declaración del derecho y la actuación, se hace imprescindible simplificar las largas y complicadas formalidades.

“Se quiere, de un lado, que las formas sean pocas, simples, rápidas; se quiere de otro lado, que no quiten nada a la amplia discusión de las razones de las partes, lo ideal está en el justo equilibrio de estas dos exigencias⁶¹”

Especial motivación para nuestras investigaciones, fueron las demoras en la tramitación de procesos civiles y de familia, las afectaciones que producen a las partes y el conocimiento incompleto de estas materias por los ciudadanos.

Constituye el **problema de investigación**: ¿Es adecuado el uso de la oralidad en los procesos civiles y de familia cubanos, para contribuir a la calidad de la administración de justicia?

1. Consideraciones necesarias sobre la Oralidad en el Proceso Civil. Ventajas y desventajas de su utilización.

Debemos partir de que en las fuentes romanas, no constan las palabras proceso y procedimiento y en las canónicas medievales los términos processus y procederé, son equivalentes y gramaticalmente, el primero se deriva del segundo, no obstante, tienen una

* Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Civil. Fiscal de la Fiscalía provincial de Artemisa.

**Licenciado en Derecho. Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa.,

⁶¹Chiovenda, Giuseppe: Ensayos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1945, pp. 134

misma raíz etimológica, procederé, pero no significan lo mismo; de su distinción se han encargado los procesalistas modernos, por la importancia que revisten desde las ópticas prácticas y teóricas.

Según la Nueva Enciclopedia Jurídica⁶², el proceso se concibe como el causa por medio del cual en el Derecho Procesal se realiza la actividad más importante que le compete, existiendo en todos los casos en que hay controversia y definición de derechos, concretada esta en el máximo acto de la función jurisdiccional, o sea, la sentencia judicial.

Francisco Carnelitti, define el proceso como la suma de actos que se realizan para la composición del litigio.

Para Montero Aroca⁶³, actividad jurisdiccional y proceso son una misma cosa, pues los tribunales cuando actúan jurisdiccionalmente lo hacen siempre a través del proceso; este es el único medio por el que aquellos cumplen su función.

Nos afiliamos al concepto del profesor Grillo Longoria, que ve al proceso civil como el conjunto de actos del Tribunal y las partes dirigidos a la investigación y resolución de los asuntos civiles y de familia a través de un método preestablecido por la ley, a fin de proteger el ordenamiento jurídico y los derechos de los particulares.

Los actos del tribunal y las partes, incluso de terceros, están dirigidos a la realización del derecho y estos actos, considerados en su aspecto externo y formal, constituyen el procedimiento.

La esencia del derecho procesal es el proceso y el procedimiento es solo un elemento del proceso.

El proceso civil se rige por principios producidos en el curso de la historia, unas veces perfeccionados y otras, conservados en su versión original.

Chiovenda⁶⁴ al tratar sobre el tema afirmó que el principio de que toda soberanía reside esencialmente en la nación, de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley; de que la libertad individual no puede ser limitada sino en los casos determinados por la ley y en los límites del interés público, fueron las fuentes de algunos supremos principios del proceso moderno, como el principio de igualdad de las partes, que Mancini⁶⁵ llamó el principio jurídico del proceso y que el mismo autor llama principio político, esto es, de la máxima garantía social de los derechos con el mismo sacrificio individual de libertad.

⁶² Enciclopedia Jurídica Española, Tomo XIV, Segunda Edición, Barcelona, 1998, pp45

⁶³ Montero Aroca, Juan: derecho jurisdiccional, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 132

⁶⁴ Chiovenda Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Volúmenes 1, 3ra edición. Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1940, pp. 234.

⁶⁵ Ibidem

En la doctrina no existe coincidencia en la clasificación de los principios técnicos que informan a las normas procesales civiles, en este Capítulo solo haremos breve referencia a los que a nuestro criterio, revisten mayor importancia para la celeridad del proceso civil, ellos son:

- **Igualdad de las partes o igualdad en el debate o bilateralidad de la audiencia o como el de que nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio:** a partir de la Ordenanza Civil Austríaca de 1895 las leyes han procurado impedir que las desigualdades se conviertan en desigualdades procesales. En la justicia socialista a través del proceso se comprueba la verdad material y a la vez se garantiza el cumplimiento del ordenamiento jurídico y se traduce en igualdad de derechos posibilidades y cargas. Entre sus aplicaciones, significamos por su importancia, que las partes deben ser citadas para las vistas y comparecencias que tengan lugar en el proceso.
- **Dispositivo, de controversia o de justicia rogada:** En la Ley de enjuiciamiento Civil correspondía a las partes la iniciación, pretensión, aportación de pruebas, solicitudes y notificaciones limitando la actuación del órgano jurisdiccional a solicitudes (justicia rogada) y a decidir solo sobre las alegaciones y peticiones de estas (principio de la congruencia) evidenciándose la justicia formal. La tendencia actual es a lograr un equilibrio entre la actuación del órgano jurisdiccional y las partes, siempre subordinando estas a las decisiones de aquel que es quien dirige el proceso. Entre sus manifestaciones está el desistimiento y el allanamiento.
- **El impulso procesal:** Doctrinalmente es la fuerza que pone en movimiento al proceso y lo hace avanzar hasta el fin. Puede ser a instancia de parte o de oficio, este último evita vacíos procesales, e imprime mayor celeridad. Fortalece la función del Tribunal de llegar al conocimiento de la verdad material armonizando con la preclusión de cada trámite lo que es una ventaja sobre la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil. El desistimiento y la transacción impiden al Tribunal llegar al fondo del conocimiento de los hechos, pero en la sociedad socialista, ambas figuras están condicionadas a la subordinación de los intereses individuales a los colectivos, quedando el Tribunal facultado a continuar el proceso siempre que aquellas sean contrarias al interés social o a derechos de terceros. Otras aplicaciones son las pruebas para mejor proveer y la legitimación de terceros que demuestren tener interés legítimo, a recurrir igual que las partes.
- **Preclusión:** Es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Evita que el proceso se disperse, disgregue, retroceda e interrumpa indefinidamente y tiene estrecha relación con el impulso procesal de oficio. Rechazamos el sistema llamado “De Unidad de Vistas” porque consideramos que atenta contra la

organización y el avance procesal. Para Chioventa⁶⁶ el proceso debe servirse de la preclusión para hacer posible el desarrollo de la relación procesal hasta la meta final. Compartimos el criterio del profesor Rafael Grillo Longoria, de que es un principio confirmativo del proceso, conmina o presiona los actos de las partes y del tribunal, así como la flexibilidad o atenuación, que en nuestro derecho le da vida, que es la facultad de disponer de oficio la práctica de pruebas para mejor proveer.

- **Inmediación:** Es la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso y está muy vinculado en cuanto a la práctica de la prueba concibiendo que el juez que las practique es el que pronuncie la sentencia.
- **Concentración:** supone que los actos procesales deben desarrollarse en el menor número de ellos y las diligencias próximas entre sí permitiendo que las manifestaciones de palabra ante el juez permanezcan en su memoria hasta dictar sentencia. Constituye la característica más señalada del proceso oral, evita la dispersión de los trámites procesales, influye en la brevedad de los pleitos frente a la escritura, que dispersa los actos procesales en el tiempo.
- **Economía:** Se refiere tanto a la gratuidad del proceso como a la brevedad de las actuaciones con el mayor apego a la Ley. No es contradictorio al principio de justicia porque la gratuidad de la justicia y la brevedad de términos y plazos están en función de la justicia.
- **Publicidad:** Es consecuencia necesaria de la oralidad, los actos en audiencia pública puedan ser presenciados por las partes que pueden intervenir en ellos y el pueblo como espectador, para que conozca la actividad judicial, confiar en ella y constituye a la vez una garantía de ella, por la crítica y fiscalización que permite. Está relacionada con la función educativa de la actividad judicial e influye en el desarrollo de la conciencia jurídica social y la realización del derecho.
- **Eventualidad:** Impone a las partes el deber de presentar en forma simultánea todas las alegaciones, excepciones y las pruebas que correspondan a un acto o etapa procesal, independientemente que sean o no compatible. Se funda en el principio de lealtad de las partes.

2. Oralidad y Escritura:

En el proceso civil predomina la forma escrita, pero ningún proceso puede ser absolutamente oral, ni exclusivamente escrito, combinándose casi siempre ambas formas.

⁶⁶Chioventa Giuseppe: ob.cit, pp. 322

Tradicionalmente la diferencia se ha centrado en la manera en que las partes aportan los hechos y formulan la pretensión.

La escritura implica:

- Mediación, es decir, existe la posibilidad de que el juez no haya participado en la práctica de las pruebas y las percibe a través de escritos, al igual que las alegaciones de las partes, mediando el Secretario.
- Dispersión y Preclusión, en cuanto a que se establecen una serie de lapsos de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito y se comunique con la otra parte y si no lo realiza pierde la oportunidad de hacerlo.
- Desconcentración de los actos procesales.

En el procedimiento escrito todo debe constar detalladamente en el expediente, las partes solo se dirigen al juez mediante escrito, por lo que resulta demasiado rígido y formalista, sin embargo, facilita la conservación de las actuaciones reduciendo la posibilidad de errores y puede ser útil para preparar el debate oral brindando información a las partes.

La oralidad presupone la preeminencia de la palabra hablada, sobre la escrita, permite al juez captar en el debate estrictamente jurídico a quien le asiste la razón, tuvo lugar primeramente en Grecia, después en el Derecho Romano en sus dos primeros procedimientos, el de las Acciones de Ley (in iure e in iudicio) y el formulario, no así en el extraordinario en que predominaba la escritura.

El Derecho Germánico se caracterizó por la oralidad y publicidad y en el período feudal marcó la distinción entre el proceso civil y el penal y en el Medioevo surgen los dos grandes sistemas procesales, el Anglosajón o de Common Law y el hoy denominado Romano Francés, este último inspirado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 basado en la escritura, que mantuvieron los países latinoamericanos, en que quedó al margen la oralidad, excepto en Brasil y algunas provincias argentinas.

En el año 1957 se celebraron en Montevideo las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal donde se fundó el Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal, en 1970 en Bogotá se aprobaron las Bases Uniformes para la Reforma de la Legislación Civil y Penal de los Países Latinoamericanos y en 1988 en Río de Janeiro los Anteproyectos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, con una orientación de proceso oral o proceso por audiencia, que ha servido de base para las reformas legislativas procesales de varios países de la región.

La Oralidad, según Chiovenda⁶⁷, es la relación inmediata entre los jueces y las personas cuyas declaraciones los mismos están llamados a apreciar. Significa también una racional contemporización de lo escrito y de la palabra, con medios diversos de manifestación de pensamiento.

La oralidad es una forma accesible de comunicación entre el Tribunal y demás personas que intervienen en el proceso y facilita la correcta apreciación de las pruebas. No es posible que el Juez no oiga los testigos ni las partes ni confronte sus dichos, solo en el proceso oral o por audiencia existen verdaderas concentración, inmediación y publicidad, por lo que la oralidad implica no solo el predominio del elemento verbal sino el prevalecimiento de estos principios.

No hay ningún régimen de derecho positivo exclusivamente oral, sino mixto, salvo algún raro caso, como puede ser el del Tribunal de Aguas de Valencia.

El proceso mixto contiene una fase escrita (demanda y contestación), luego una o dos audiencias (orales) y después con apelaciones escritas. Lo esencial es la comunicación entre el Juez y las partes, reconociendo que dentro del procedimiento no puede despreciarse un medio de comunicación tan preciso como la escritura. Lo que se rechaza es el proceso escrito y secreto, sin la concentración e inmediación que proporciona la celebración de la audiencia de pruebas y del debate oral.

Según Couture⁶⁸... "la justicia lenta no es justicia... la excesiva demora contradice la esencia de la función jurisdiccional que se ha erigido en principio constitucional –obtener la decisión de la causa en un plazo razonable–, pues se considera que la demora excesiva de la justicia implica la violación de derechos humanos de los justiciables"...

No obstante, en la justicia rápida, no deben olvidarse las debidas garantías procesales, teniendo lugar los trámites imprescindibles para garantizar los derechos de las partes, se proclama la garantía del debido proceso legal donde las partes sean oídas con la posibilidad del contradictorio y un plazo razonable para ofrecer y producir sus pruebas y esgrimir sus defensas.

El principio de Oralidad no puede entenderse simplemente como una discusión oral en la audiencia. Para Chiovenda⁶⁹... "la oralidad atenuada por los escritos que preparan el debate, garantiza, por el contrario, una justicia intrínsecamente mejor...; la misma excita el espíritu del magistrado y del abogado y lo hace más sagaz, más rápido, más penetrante..."

⁶⁷Chiovenda Giuseppe: Ob. cit, pp. 324

⁶⁸Couture, Eduardo; "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Ediciones Depalma Buenos Aires 1973, pp. 221.

⁶⁹Chiovenda Giuseppe: Ob.cit, pp. 257.

Como desventajas del proceso oral, podemos citar que la falta de actuación escrita provoca que el Tribunal de instancia superior tenga que reproducirlas, la posibilidad de errores es mayor por falta de registro escrito de las actuaciones y es más costoso que el proceso escrito, que es propenso a sentencias superficiales y precipitadas, a las sorpresas porque se permite a las partes hasta última hora modificar y cambiar sus pretensiones y requiere un gran aumento de personal en los órganos jurisdiccionales, más jueces pero menos funcionarios lo que representa un notable avance.

Entre las ventajas de la oralidad están: menor formalidad; mayor rapidez; propicia la sencillez; aumenta la publicidad del proceso; al concentrarse las actuaciones se reducen las notificaciones, citaciones o otras diligencias; permite la relación directa del tribunal y las partes posibilitando la profundización en cuestiones que susciten dudas; el juez se convierte en verdadero protagonista y director del proceso que mediante la inmediación capta en la práctica de pruebas a quien le asiste razón; se suprimen incidentes que se resuelven en su mayoría en una misma audiencia; se logran muchos más acuerdos y transacciones que eliminan procedimientos; hay menos recursos.

No se trata de comparar un mal sistema escrito con un régimen oral ideal, sino de encontrar el equilibrio más favorable a la celeridad, las garantías de las partes y la calidad en la impartición de justicia.

El proceso por audiencia se complementa armónicamente con la escritura, tomando las ventajas que cada una posee, la oralidad es importante en la práctica de pruebas, alegaciones y el fallo, en tanto la escritura es útil para preparar la substanciación del proceso (demanda y contestación). Este proceso requiere de jueces fiscales y abogados, de gran capacidad de análisis, experiencia y preparación jurídica.

3. La Oralidad en el Derecho Comparado. Tendencias actuales.

Podemos apreciar un afianzamiento de la oralidad en las normas procesales civiles de Colombia, Bolivia, Perú, Ecuador, Uruguay, escogidos porque recibieron influencias del derecho español y francés y están informados en mayor o menor medida por los principios que propugna el Código Modelo Procesal para Iberoamérica y basaremos el análisis en cuanto a la presencia o no de la oralidad en las distintas fases del proceso y sus manifestaciones.

La Ley Procesal Colombiana, en el Proceso Ordinario posterior a la fase de alegaciones, contiene la oralidad en la Audiencia de Conciliación, Saneamiento, Decisión de Excepciones Previas y fijación de los puntos del litigio, en ella se trata primeramente de lograr concilio entre las partes, resolver las excepciones y fijar los hechos que se han de probar. Cuando por su complejidad resulte necesario, el juez señalará fechas continuadas e inmediatas para las audiencias y diligencias a practicar dentro de los cuarenta días

siguientes, vencido el plazo dará traslado por el término común de ocho días para hacer alegaciones, decursado el proceso quedará concluso para sentencia.

Regula un Proceso Abreviado para determinados asuntos, como servidumbres, interdictos para recuperar la posesión, rendición de cuentas y otros, en el que se reducen los términos a la mitad en la fase de alegaciones y el de pruebas a veinte días, cinco para alegaciones y decursado concluso para sentencia.

Se destaca en el predominio de la Oralidad, el Proceso Verbal Sumario que se concibe para asuntos como nulidad y divorcio de matrimonio civil y separación de cuerpos o bienes cuando no sea por mutuo consentimiento, privación suspensión o restablecimiento de la patria potestad, restitución de bienes vendido en pacto de reserva, declaración de extinción de una obligación o cumplimiento de una condición suspensiva, etc. La demanda y la contestación pueden hacerse oral ante el Secretario que dejará constancia o escritas acompañando documentos y demás pruebas.

El término para contestar es de diez días, en la audiencia, se concilia, sanea, practican pruebas, se rinde dictamen pericial, se resuelven inmediatamente las aclaraciones solicitadas o en otra audiencia dentro del decimo día, terminada la audiencia el juez oír a cada parte por veinte minutos y dictará sentencia en ella o en diez días y esta fecha se pronunciará aún cuando no asistan las partes ni sus apoderados y en esa misma audiencia resolverá la apelación si se presentare. Serán inadmisibles la reforma a la demanda, reconvencción, acumulación de procesos y la suspensión del proceso por causa diferente a la de acuerdo de las partes.

En Bolivia, el Código Procesal Civil prevé un Proceso Sumarísimo con gran predominio de la oralidad, semejante al Proceso Verbal Colombiano y en la parte General se establecen las normas a seguir para el desarrollo de las audiencias y hay que destacar que en cuanto a la conciliación el juez puede llamar a las partes en cualquier estado del proceso, en los que no sea parte el Estado, las municipalidades. Establecimientos de beneficencia, entidades de órdenes públicos e incapaces de contratar e igual de novedoso resulta la prevención de una Audiencia Conciliatoria antes de la interposición de la demanda, que tendrá valor de cosa juzgada.

La **Ley adjetiva peruana**, dentro de los procesos contenciosos, con la etapa de alegaciones escrita, concibe el Abreviado y el Sumarísimo con una Audiencia Única en la que se ventilan todas las cuestiones y como aspecto significativo regula, que a falta de conciliación, el juez puede proponer una fórmula, que si es aceptada por las partes, se procederá fijando los puntos del debate, pertinencia de los medios probatorios, su práctica, se concede la palabra a los abogados y se dicta Sentencia en el acto.

En Ecuador se establece un proceso ordinario semejante a los anteriores, que concibe la Audiencia en la etapa conclusiva y se regula que el Secretario asentará que la audiencia

tuvo lugar y quienes hicieron uso de la palabra. También incluyen, el Juicio Verbal Sumario, informado en su mayoría por trámites verbales, en la Audiencia se ventila la contestación de la demanda, pero no la reforma ni la reconvencción y si se tratara de cuestiones de estricto derecho se expedirá sentencia en el mismo acto. No se aceptará escrito alguno que no sea la demanda o una prueba de esta índole.

La Oralidad en el Proceso Civil Uruguayo⁷⁰, ha ido ganando progresivamente significativo predominio, logrando con la Reforma Procesal reducir los tiempos de la justicia, ganando una real, efectiva y eficiente intermediación, con un número suficiente de jueces, la publicidad y en los procesos y audiencias permitiendo que personas interesadas puedan asistir y aprender, in situ, la forma en que se desarrollan estas, contacto directo del tribunal con las partes, testigos y peritos, las pruebas se proponen con la demanda, revitaliza la función del juez y en sentido general, asume las regulaciones del Código Modelo para Iberoamérica.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del 17 de enero de 2000⁷¹, estipula dos tipos de juicios declarativos, el juicio ordinario y el verbal. En el primero la fase de legaciones es escrita y después se fija una Audiencia, en cambio en el segundo prevalece la palabra hablada en la demanda, si el demandado deja transcurrir el plazo sin anunciar su oposición o se funda esta en una causa no comprendida, se dicta sentencia estimatoria, si hay oposición se cita para la vista. Es significativa la publicidad de las acciones orales y novedosas que las resoluciones excepto las sentencias se dictan en el mismo acto de oralidad y el fallo si todos estuvieren presentes y expresaren la decisión de no recurrir, el Tribunal declarará en el mismo acto la firmeza.

Podemos concluir, que los códigos de procedimiento analizados contemplan una primera fase escrita, con una audiencia conciliadora y saneadora que es donde prima la oralidad, siendo esta la tendencia iberoamericana actual.

En el Proceso Civil Cubano, se observan también cambios progresivos, ya que en el proceso ordinario, la fase de alegaciones es escrita incluyendo la réplica y dúplica y en la contestación el demandado hace uso de la reconvencción y excepciones perentorias, pues las dilatorias se presentan antes de la contestación y se resolverán de forma escrita por los trámites de los incidentes. Si el debate se contrajera a cuestiones de estricto derecho o a hechos cuya justificación resultara de los escritos y documentos presentados, el tribunal dictará sentencia sin más trámites, de lo contrario abrirá el proceso a pruebas, que se propondrán por escrito y solo en la práctica de la confesión y testifical se usa la oralidad. En la etapa de instrucción, vista y sentencia, se estará a la solicitud del trámite de vista por las partes o a instancia de oficio, es el otro momento donde hace presencia la oralidad.

⁷⁰El Proceso Civil Ordinario por Audiencias, la experiencia uruguaya en la Reforma Procesal Civil. Modelo teórico y relevamiento empírico.

⁷¹ Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil. Organización de la Justicia-España.

En los procesos especiales como el de Alimentos, Divorcio por Justa Causa, los Procesos de Amparo en la posesión, Suspensión de Obra Nueva y Expropiación Forzosa, también prima la escritura y solo se utiliza la oralidad en la práctica de algún medio de prueba, en la celebración de la comparecencia y la vista si fuere interesada.

En los procesos de Apelación se utiliza la oralidad en el la práctica de algún medio de prueba y en la vista.

La Instrucción 187 del 20 de diciembre de 2007 del Tribunal Supremo Popular. Que entró en vigor el 3 de enero de 2008, introdujo en el país los Tribunales de Familia y ofreció otra posibilidad para el uso de la oralidad, puesto que al amparo de los artículos 42 y 364 de la Ley de Trámites Civiles, culminada la fase de alegaciones y antes de disponer la práctica de pruebas, el Tribunal convoca a las partes a una comparecencia con el objetivo de lograr la conciliación, siempre que no sea el acuerdo atentatorio al interés superior de los menores o contravenga la legislación y en caso de que no se logre acuerdo , fijar los aspectos a probar.

En el proceso Ordinario se celebrará culminada la fase de alegaciones. Mediante el uso de esta comparecencia, muchos procesos terminan y en otros se simplifica el periodo probatorio.

La Instrucción No. 191 del 14 de abril de 2009 del Consejo de Gobierno del Tribunal supremo Popular, que entró en vigor el primero de junio de ese año, extendió a los procesos civiles ordinarios, sumarios e incidentales, el uso de la comparecencia a que se refiere la Instrucción No. 187, para sanear el proceso de cuestiones litigiosas , también autoriza en estos procesos el Embargo de Bienes y otras medidas cautelares que establece la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

La Instrucción No. 216 del 17 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo Popular derogó la 187 y dotó a los procesos de familia de una mayor sencillez, al ampliar el uso de la oralidad, a la adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar la protección de los derechos de los menores y de los bienes indispensables para su educación y desarrollo.

La comparecencia al amparo del referido artículo 42 tendrá lugar dentro de los diez días siguientes a la culminación de la fase de alegaciones y antes de aperturarse a pruebas el proceso, se estableció de manera preceptiva, con la presencia de las partes, terceros interesados (abuelos u otros), sus representantes, el Fiscal y el Equipo Multidisciplinario, se celebrará públicamente excepto que la naturaleza del asunto lo impida. Los objetivos estarán dirigidos primeramente a sanear el proceso ventilando las excepciones pertinentes, fijar los términos del debate y conciliar pretensiones, que de lograrse esto último y no ser el acuerdo, violatorio de la legalidad ni atentatorio a los intereses de los menores y sociales, pone fin al proceso. Regula además la forma en que se desarrollará la comparecencia y la redacción del acta.

De no lograrse acuerdo, procederá la apertura a pruebas del proceso y continuará según el procedimiento establecido.

Otro aspecto novedoso de la Instrucción No. 216 es que introduce las reglas para practicar la Escucha de los Menores de Edad, las formalidades del acto, los participantes, desprovistos de toga, la obligación de crear un ambiente de seguridad y confianza con el infante, establece la utilización de un lenguaje comprensible, ser paciente a la escucha, que la documentación se hará sin la presencia del menor y prohíbe la grabación del acto y su reproducción.

Esta Instrucción garantiza la observación de principios integradores como la inmediación, concentración, la igualdad de las partes y la oralidad, así como fortalece el papel de dirección del órgano jurisdiccional, el impulso procesal de oficio y la protección cautelar al Principio del Interés Superior del Niño.

4. Análisis crítico sobre la regulación jurídica de la Oralidad de los procesos civiles y de familia cubanos.

Para tener una noción de cómo funciona en la práctica judicial la oralidad en los procesos civiles y de familia, aplicamos una entrevista al 60% de los profesores, jueces, fiscales y abogados, que laboran la materia civil y familia en diferentes municipios de la provincia y arrojó los siguientes resultados.

- Que tienen como promedio 6 años de experiencia en esta actividad,
- Ninguno ha participado en una vista en los últimos 5 años, lo que nos permite apreciar que la utilización de este trámite es nula.
- El 49,5% identificó a la oralidad con la palabra verbal y el 10,5% además de la palabra verbal con la combinación de varios principios procesales, lo que evidencia que el conocimiento sobre la misma es incompleto.
- Antes de la puesta en vigor de la Instrucción No. 187 de 2007, solo el 6% ha recibido alguna preparación sobre la utilización de la oralidad y las orientaciones habían estado dirigidas para casos excepcionales, aclarar términos, conceptos u otros elementos con trascendencia al fallo..
- El 60% opina que se usa la oralidad en escasa medida, práctica de pruebas, comparecencias y en la vista.
- El 21% considera que la regulación actual del uso de la oralidad en los procesos civiles y de familia, es aceptable y el 39% que aún son limitadas las oportunidades, que pudieran ampliarse más.

- El total de los entrevistados opina que gradualmente las Instrucciones 187, 191 y 216 incrementan las posibilidades del uso de la oralidad y el 57 % las concibe además como un intento de atemperar el procedimiento civil cubano a las tendencias actuales del derecho procesal.

Revisado el 50% de los procesos civiles y de familia en los últimos 5 años, en ninguno se utilizó el trámite de vista, resultado que se corresponde con las respuestas a la encuesta.

Coincidimos con la opinión de Eric Pérez Sarmiento⁷², en sus Propositiones para una posible Reforma del Procedimiento Civil en Cuba, cuando expresa que la modificación de la actual Ley de Trámites civiles cubana, “Viene condicionada por la exigencia de mayor sencillez en los actos procesales dada la naturaleza de las cuestiones que en el presente y en el futuro previsible serán objeto de debate en esta jurisdicción, por la necesidad del incremento de la oralidad en los debates civiles y administrativos a fin de aumentar la publicidad del proceso, el acceso de las partes y el impacto social de estos asuntos, (...)”

Consideramos que nuestra legislación de procedimiento civil y de familia, se informa progresivamente en el principio de la Oralidad, incidiendo en la conciencia jurídica de la población en estas materias, en la celeridad de los procesos y en la calidad de la administración de justicia.

Consideraciones finales

Culminadas las acciones de investigación propuestas para la obtención de una respuesta adecuada al problema científico, arribamos a las siguientes conclusiones.

PRIMERA: Que la oralidad es una forma accesible de comunicación entre el Tribunal con las partes y demás personas que intervienen en el proceso y facilita la correcta apreciación de las apuebas, No es posible que el juez no oiga los testigos ni las partes ni confronte sus dichos, sólo en un proceso oral o por audiencia es donde verdaderamente hay concentración, intermediación y publicidad; por lo que oralidad no implica solo el predominio del elemento verbal sino también el prevalecimiento de estos principios.

SEGUNDA: El conocimiento incompleto del principio de la oralidad en los operadores del derecho, limita su mejor uso.

TERCERA: La combinación de la oralidad y la escritura, con predominio de la primera, en los procesos civiles y de familia, influye decisivamente en la conciencia jurídica de la población en estas materias, en la celeridad de los procesos y en la calidad de la administración de justicia.

⁷² Eric Pérez Sarmiento. “Propositiones para una posible Reforma del Procedimiento Civil en Cuba. Revista Jurídica No. 15 Departamento de Divulgación del Ministerio de Justicia de la República de Cuba. Abril-Junio. 1987. Año V., pp. 14.

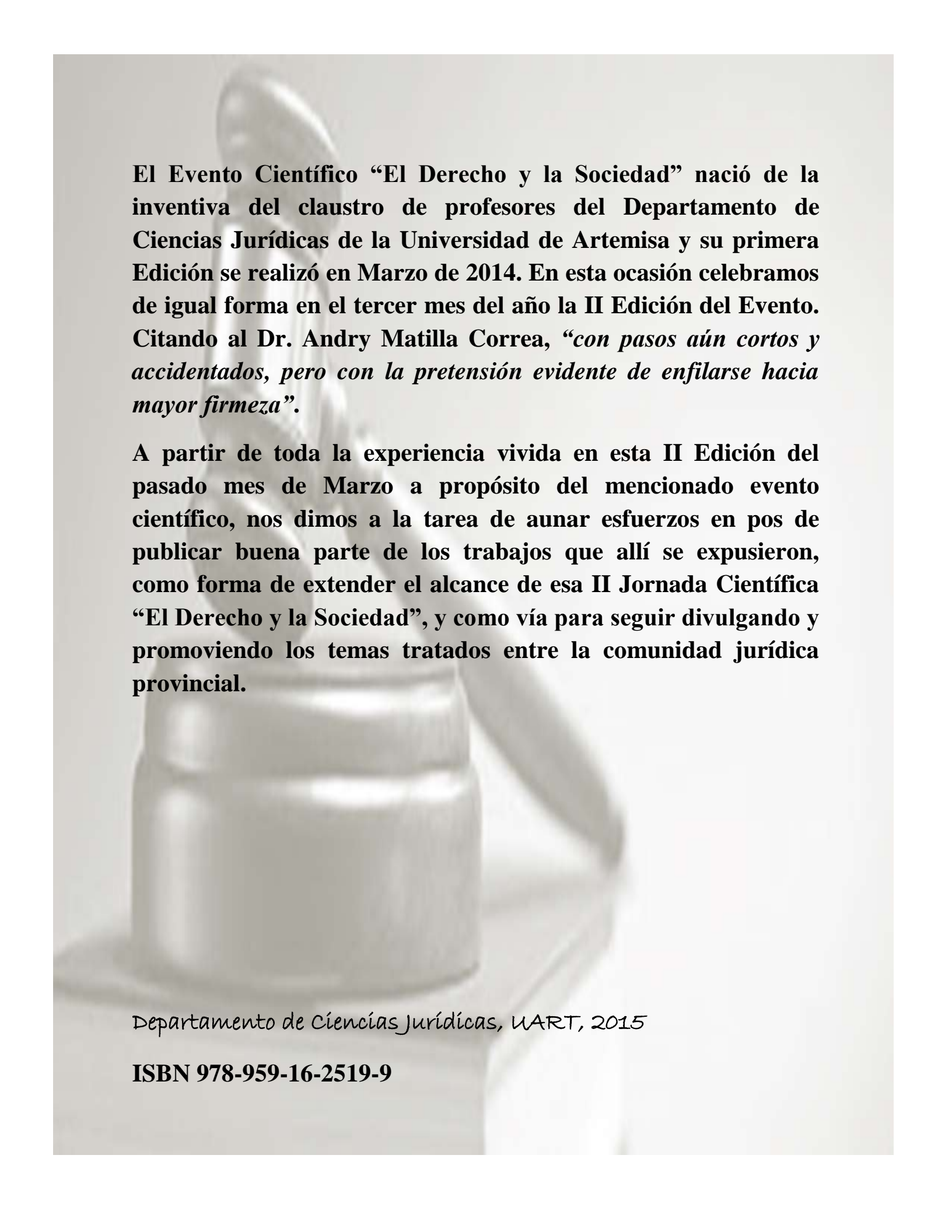
CUARTA: La regulación jurídica de la Oralidad en el proceso civil y de familia cubanos, aunque ha experimentado importantes pasos de avance hacia el proceso por audiencia, debe continuar abriéndose al uso de la oralidad.

En correspondencia con nuestras conclusiones, recomendamos:

1-A los procesalistas iberoamericanos a continuar trabajando por la aprobación de códigos procesales en los que prolifere el uso de la oralidad, en justa combinación con la escritura, garantizando además la concentración, intermediación y publicidad.

2- A la Unión Nacional de Juristas de Cuba, a intensificar la preparación de sus miembros en el uso de la oralidad en los asuntos civiles y de familia, para incidir positivamente en la calidad de la administración de justicia.

3- A los profesores de la Carrera de Licenciatura en Derecho, incrementar su labor en aras de la difusión en el pre y postgrado del Principio de la Oralidad, sus ventajas y tendencias actuales.



El Evento Científico “El Derecho y la Sociedad” nació de la inventiva del claustro de profesores del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Artemisa y su primera Edición se realizó en Marzo de 2014. En esta ocasión celebramos de igual forma en el tercer mes del año la II Edición del Evento. Citando al Dr. Andry Matilla Correa, *“con pasos aún cortos y accidentados, pero con la pretensión evidente de enfilarse hacia mayor firmeza”*.

A partir de toda la experiencia vivida en esta II Edición del pasado mes de Marzo a propósito del mencionado evento científico, nos dimos a la tarea de aunar esfuerzos en pos de publicar buena parte de los trabajos que allí se expusieron, como forma de extender el alcance de esa II Jornada Científica “El Derecho y la Sociedad”, y como vía para seguir divulgando y promoviendo los temas tratados entre la comunidad jurídica provincial.

Departamento de Ciencias Jurídicas, UART, 2015

ISBN 978-959-16-2519-9