

IUS

nº 29

NUEVA ÉPOCA | AÑO VI | ENERO-JUNIO 2012

INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA, MÉXICO



IUS, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, es una revista científica que difunde artículos inéditos de investigación sobre las diferentes áreas del derecho con enfoque iberoamericano. Cada edición aborda un tema novedoso y trascendente de la ciencia jurídica desde una perspectiva plural con el objetivo de difundir las diferentes corrientes teóricas que lo abordan, así como las diversas aristas que lo integran. Está dirigida en lo fundamental a profesionistas, investigadores, académicos y estudiantes de derecho.

Tiene periodicidad semestral (junio-diciembre) y está arbitrada bajo la modalidad *dobles ciegos* por investigadores de reconocido prestigio que pertenecen a nuestra cartera internacional de árbitros, y otros invitados externos *ad hoc*, adscritos a diferentes instituciones y centros de investigación nacionales y extranjeros.

DIRECTOR

Dr. Carlos Manuel Villabella Armengol

COORDINADOR PARA ESTE NÚMERO

Dr. Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

COORDINADOR DEL DEPARTAMENTO EDITORIAL

Lic. Omar Eduardo Mayorga Gallardo

EDICIÓN: Wendy Vanesa Rocha Cacho, Leslie Cuevas Garibay

DISEÑO DE PORTADA E INTERIORES: Daniela Podestá Siri

CONSEJO EDITORIAL

César Cansino Ortiz (Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México); Diego Valadés Ríos (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); Francisco José Paoli Bolio (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); Héctor Fix-Fierro (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); José Fernández Santillán (Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México); Julián Germán Molina Carrillo (Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México); Miguel Carbonell Sánchez (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); Samuel Schmidt Nedvedovich (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México); Sergio García Ramírez (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México); Susana Thalía Pedroza de la Llave (Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México).

CONSEJO ASESOR

Agapito Maestre Sánchez (Consejería de Educación de la Embajada de España en México); Allan Brewer-Carias (Universidad Central de Caracas, Venezuela); Andrés Bordali Salamanca (Universidad Austral, Chile); Anibal Guzmán Ávalos (Universidad Veracruzana, México); Boris Wilson Arias López (Tribunal Constitucional Plurinacional, Bolivia); David López Jiménez (Universidad de Huelva, España); Jacinto García Flores (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México); Juan Paulino Arellanes Jiménez (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México); Leonardo Bernardino Pérez Gallardo (Universidad de la Habana, Cuba); Miguel Presno Linera (Universidad de Oviedo, España); Modesto Saavedra López (Universidad de Granada, España); Patricio Alejandro Maraniello (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Pedro Mercado (Universidad de Granada, España); Roberto Gargarella (Universidad Torcuato Di Tella, Argentina); Roberto Viciano Pastor (Universidad de Valencia, España); Rubén Flores Dapkevicius (Universidad Mayor de la República, Uruguay); Rubén Martínez Dalmau (Fundación CEPS, España); Vicente Fernández Fernández (Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México).

DOMICILIO

3 Oriente 1611, Col. Azcárate

Puebla, Pue., CP 72501

Tels.: (01222) 2.34.39.16 / 2.34.54.64 Ext. 28

e-mail: revista.ius@hotmail.com / www.icipuebla.com

Nueva Época, Año VI, Enero-Junio de 2012

ISSN: 1870-2147

REGISTRO RENIECYT: 2009/988

Indexada en REDALYC, SCIELO, LATINDEX, CLASE y VLEX.

Este número tuvo un 15.3% de rechazo en los artículos recibidos.

ÍNDICE

Editorial | **5**

Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea
/ Constitutional foundations of consumers' legal protection in Spanish legislation and the European Union
Ángel Acedo Penco | **7**

La posesión: medio y fin. Examen de la figura en Colombia y Perú
/ The possession: means and purpose. Search of this concept in Colombia and Peru
César Carranza Álvarez
Francisco Ternera Barrios | **30**

Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea
/ Fundamental institutions of civil law in the 21st century. A contemporary vision
Lucerito Ludmila Flores Salgado | **48**

La protección constitucional de la familia en América Latina
/ Constitutional protection of family in Latin America
José Cándido Francisco Javier de la Fuente Linares | **60**

Del matrimonio indisoluble al divorcio exprés del Distrito Federal
/ From the indissoluble marriage to the express divorce in the Federal District
Aníbal Guzmán Ávalos
María del Carmen Valdés Martínez
| **77**

Internet y el derecho al honor de los menores
/ The Internet and children's rights
María del Mar Heras Hernández | **93**

La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social
/ Women's equal opportunities and their right to work: an international effort for social protection
Luz Pacheco Zerga | **108**

Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI
/ Party autonomy and affiliation: challenges of the 21st century
Montserrat Pereña Vicente | **130**

Familia y herencia en el derecho
cubano: ¿realidades sincrónicas?
*/ Family and inheritance in Cuban law:
synchronous realities?*
Leonardo Bernardino Pérez Gallardo
| **150**

El sistema de contratación jurídica:
un auténtico problema social,
de la ciencia y la tecnología
*/ The legal contracting system:
an authentic social, scientific
and technologic problem*
Carlos Adrián Tejeiro Morcate | **187**

Del derecho a la vida y los
derechos sexuales y reproductivos,
¿configuración armónica o lucha
de contrarios?
*/ About the right to life and sexual
and reproductive rights: harmonious
configuration or struggle of opposites?*
Caridad del Carmen Valdés Díaz | **216**

EDITORIAL

■ Con el título *Tendencias actuales del derecho civil y de familia en Hispanoamérica*, llega esta nueva entrega de la Revista IUS con estudios académicos que ejemplifican la transversalidad que caracteriza al derecho civil a través de las distintas materias que abarca, insertos éstos en el derecho de familia, el derecho de consumo, de contratos, ciertos derechos de la personalidad como el derecho al honor y las aplicaciones de internet, el derecho al trabajo de la mujer, o incluso la posesión como derecho real.

Los autores desarrollan sus tesis en diversos ejes temáticos, unidos por la materia a la cual tributan, y una buena parte de ellos en su dimensión constitucional, lo cual resulta trascendente porque los civilistas tendemos a hablar del derecho desde el capítulo destinado al Código Civil, negando así una realidad, ya nada novedosa, de la certeza de interpretar y aplicar el derecho desde la Constitución.

En otro orden, también se incluyen artículos que reflejan los dilemas que hoy el derecho enfrenta, bien frente a las asimetrías que operan entre la familia y la herencia como instituciones jurídicas conectadas entre sí, en perpetua asintonía en las últimas décadas dado el anquilosamiento de las normas sucesorias frente a cierto “reverdecir” de las de naturaleza familiar, o de cara a instituciones en continua erupción como el divorcio —no por conocida menos interesante—, que ha llevado hoy día a los legisladores a encontrar fórmulas que permitan el tránsito del matrimonio a su disolución por cauces menos tortuosos o lacerantes para sus protagonistas, sin desdorar la protección que merecen los hijos menores de edad, o mayores de edad judicialmente incapacitados.

Tratándose del derecho civil, no cabe obviar, ni mucho menos —quizás incluso debimos haber empezado por ellos—, los estudios que aquí se contienen sobre la persona, o el siempre debatido tema de los derechos reproductivos de la mujer y la protección del *nasciturus* como posible lucha de contrarios, en que si difícil resulta poner un punto y aparte en el discurso jurídico, ni qué hablar de aquel que se ofrece de corte ético o filosófico.

Los estudios aquí contenidos irradian sin duda la vitalidad de que goza el derecho civil y familiar por estos tiempos. Aun con el decurso del tiempo, esta rama del derecho ha demostrado en el devenir de la humanidad que siempre ha sabido situarse en función tuitiva de la persona, razón de ser de su existencia y motivo por el cual sigue siendo hoy día la pilastra en la que se sustenta el arsenal inagotable de los conocimientos jurídicos y de las innumerables soluciones a las más inverosímiles situaciones que a diario tienen que dar los juristas en el desempeño de su profesión. ■

EDITORIAL

■ With the title *Current tendencies of Civil and Family law in Spanish America*, this new edition of IUS Magazine presents academic studies that exemplify the mainstreaming that characterizes civil rights through its different matters, included in family, consumer and contracts law, and certain rights relating to personality such as the right to honor and Internet applications, or women's right to work and possession as a real right.

The authors develop different thematic axes, connected by the matter they devote to, a large number of them in constitutional dimension, which is transcendent because experts in Civil Rights tend to speak about law from the chapter of the Civil Code, denying a reality, not at all novel, of the certainty to interpret and apply law from the Constitution.

In addition, there are included articles that reflect –in general scope– the quandaries law faces these days due to the need of giving answers to asymmetries between family and heredity, as interrelated legal institutions. These have been perpetually not attuned in past decades given the stiffness of inheritance laws, opposed to certain “revival” of familiar nature, either to institutions in continuous eruption as divorce –known but still very interesting– that have lead legislators to find ways of allowing the transit of marriage to its dissolution through less tortuous or searing channels today, without smirching protection to minors or legal disabled adults.

When it comes to Civil Rights, it's impossible to ignore –perhaps we should have started with them– the studies we present here about person; or the always debated topic of women's reproductive rights and protection of the unborn child as possible struggle of opposites.

These studies undoubtedly highlight the vitality of Civil and Family Rights nowadays. Over time, this branch of law has proven effective to protect people, *raison d'être* of its existence and reason why today it is still the pilaster sustaining the inexhaustible arsenal of legal knowledge and of countless solutions to the most improbable situations lawyers have to solve every day. ■

Fundamentos constitucionales de la protección jurídica de los consumidores en el ordenamiento español y en la Unión Europea*

*Constitutional foundations of consumers'
legal protection in Spanish legislation
and the European Union*

Ángel Acedo Penco**

RESUMEN

El presente artículo es una aproximación a las bases del reconocimiento constitucional de la protección jurídica de los consumidores y usuarios en el sistema español, determinando los principios esenciales y caracteres que la presiden, incluyendo una sucinta exposición del ulterior desarrollo legislativo de aquel reconocimiento y sus referentes en el derecho de la Unión Europea que viene uniformando de manera muy enérgica el denominado derecho de consumo en los veintisiete países que en la actualidad conforman la agrupación comunitaria.

PALABRAS CLAVE: *Derecho de consumo, protección de los consumidores, derechos constitucionales, España, Unión Europea.*

ABSTRACT

This article is an approach to constitutional recognition of the legal protection of consumers and users in the Spanish system, determining the basic principles and characters, including a brief statement of the further legislative development of that recognition and their references in the European Union law.

KEY WORDS: *Consumer law, consumers' protection, constitutional rights, Spain, European Union.*

* Recibido: 3 de enero de 2012. Aceptado: 27 de enero de 2012.

** Profesor de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, Cáceres, España.
(aacedo@unex.es).

Sumario

1. Negación doctrinal de la protección jurídica del consumidor como categoría independiente
2. Fundamento constitucional de la protección de los consumidores en España
 - A) El artículo 51 de la Constitución española
 - B) El principio constitucional *pro consumatore*
 - C) Otros preceptos de refuerzo constitucional
 - D) Valoración crítica
3. Consecuencias legales del precepto constitucional
 - A) Legislación española anterior a 1984
 - B) Normativa española vigente entre 1984 y 2007
 - C) Legislación española actual
 - D) Ámbito territorial de aplicación
4. Competencias constitucionales del Estado español en materia de protección jurídica de los consumidores y usuarios
5. La legislación autonómica –regional– de consumo
6. El derecho de consumo comunitario europeo
 - A) El derecho constitucional u originario
 - B) El denominado derecho derivado
7. Rasgos esenciales del derecho de consumo español y europeo
 - A) Un derecho multidisciplinar
 - B) Dispone de diversas fuentes normativas
 - C) Carácter imperativo de sus normas
 - D) Cualidad tuitiva de sus preceptos
 - E) Protección optativa, compatible y complementaria
 - F) Otros caracteres básicos
8. La Lcu: norma esencial de derecho de consumo en España
 - A) Estructura formal
 - B) Contenido del Texto Refundido
 - C) Breve valoración crítica

1. Negación doctrinal de la protección jurídica del consumidor como categoría independiente

Quizá, sin toda la razón, la inmensa mayoría de la doctrina española actual viene negando, con rotundidad, la existencia de una disciplina jurídica nueva e independiente, desgajada del derecho civil o mercantil, denominada “derecho de consumo”, “derecho del consumidor” o “derecho de los consumidores”, en defi-

nitiva, de un cuerpo normativo especial, con sus propios principios, sistemática e instituciones, diferentes a los de las demás ramas del derecho ya consolidadas.¹

Por otro lado, destacados autores alemanes defienden la necesidad de tutelar al consumidor más allá que al resto de los sujetos, dada su posición marcadamente débil en los contratos de consumo, respecto del profesional oferente, al modo de la protección que concede el derecho laboral a los trabajadores frente a los empresarios.

Además, también se sostiene la idea de un derecho de consumo, no ya como categoría dogmática independiente, sino meramente *funcional*, y que se define como aquel que tiene como finalidad la de “proporcionar a los consumidores y usuarios la protección que precisan, desde el punto de vista jurídico, la que aúna y da sentido propio a la categoría”.²

Se ha argumentado, a nuestro juicio, con pleno acierto, que existe en el ordenamiento jurídico español y europeo un principio general *pro consumatore* (a favor del consumidor), proclamado en el artículo 51 de la Constitución Española (en adelante CE) que obliga a que la aplicación de toda la legislación vigente española haya de interpretarse, sin traba, en el sentido más favorable a los intereses de los consumidores, además del expreso reconocimiento de una *obligación genérica de información* de los profesionales o empresarios cuando contraten con consumidores.

Al margen de las discusiones doctrinales acerca de la cuestión, lo cierto es que ya se contempla el derecho de consumo como derecho especial, ya como una particular rama del derecho o como una simple categoría funcional, lo cierto y práctico es que no parece que sea condenable la tendencia de *tratar conjuntamente* todas las reglas que se refieran a la condición jurídica de las personas en una determinada situación social, como es el caso de los llamados consumidores y usuarios.³

Y aunque tampoco debemos desdeñar las ventajas que entraña el estudio de la normativa que afecta a los consumidores, dentro del sistema propio de las reglas de la misma naturaleza, conforme a las clasificaciones de las tradicionales ramas del derecho (civil, mercantil, administrativo y penal), quizá, a efectos no sólo didácticos, sino también prácticos, no sea ociosa una aproximación a esta

¹ Respecto a la cuestión, puede verse con mayor amplitud, ACEDO PENCO, ÁNGEL. *Derecho de consumo. Análisis jurídico-privado de la ley general para la defensa de los consumidores de 2007*, Dykinson, Madrid, 2012.

² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS. “Comentario al artículo 7o. de la LGDCU”, en BERCOVITZ, RODRIGO y SALAS JAVIER (coords.). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, p. 120.

³ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. xxxv, fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, octubre-diciembre de 1982, pp. 1021 y ss., y 1075-1078.

materia desde un punto de vista conjunto, *ratione materiae*, tal como se viene haciendo en otros ordenamientos diferentes al español.

El Tribunal Constitucional español (en adelante TC) pronto declaró que el

[...] artículo 51, CE, en sus apartados 1 y 3, en cuanto atribuye a los poderes públicos “la defensa de los consumidores y usuarios”, prevé, a tal efecto, que “la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales” —por tanto— *la defensa del consumidor aparece así como un principio rector* de la política social y económica, cuya garantía la Constitución impone a los poderes públicos.⁴

La elevación a rango constitucional de la protección de los consumidores y usuarios, como principio rector de la política social y económica, tal como indica el artículo 53.3 CE, y, en definitiva, al principio general de derecho, debe suponer, entre otras consecuencias, que en caso de conflicto entre diversas normas aplicables en las contiendas entre individuos particulares y productores o empresas, los jueces y tribunales deban decantarse en favor de la interpretación que otorgue una mayor defensa de los intereses de tales consumidores, mediante el llamado principio *pro consumatore* contenido en el artículo 51.1 CE.

2. Fundamento constitucional de la protección de los consumidores en España

A) *El artículo 51 de la Constitución española*

Los constituyentes (redactores de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978) no fueron ajenos a la evolución de los movimientos sociales y las normas protectoras en materia de consumo que se venían desarrollando en toda Europa y, especialmente, en el ámbito de la entonces llamada Comunidad Económica Europea (CEE), además del reciente reconocimiento de la protección del consumidor en la Constitución de Portugal del 25 de abril de 1976.

10

Así, decidieron dedicar un artículo específico para reconocer la protección de los consumidores y usuarios, el artículo 51 CE, cuyo texto definitivo fue ultimado en la Cámara Alta por clara influencia del Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, aprobado por la Resolución del Consejo Europeo del 14 de abril de 1975.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del reino de España (STC) No. 88/1986, del 1 de julio, fundamento jurídico 4.

El artículo 51 CE, incluido entre los “Principios rectores de la política social y económica” regulado en el capítulo tercero, dentro del título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales, determina en el párrafo primero que: “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos”.

Consciente de la importancia de los movimientos consumeristas europeos, y atendiendo las Directivas comunitarias que ya impulsaban su desarrollo, expresa el párrafo segundo del artículo 51 CE que: “los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

Finaliza el decisivo precepto constitucional con un tercer párrafo que completa los dos anteriores, de manera específica, al indicar que: “en el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”.

b) El principio constitucional pro consumatore

El artículo 51 CE debe conectarse con el artículo 53.3 CE, que expresa que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ello constata el reconocimiento expreso en el derecho español, con rango constitucional, del “principio general de defensa y protección de los consumidores y usuarios”, con las consecuencias que a ellos otorga tal precepto, lo que implica que este principio *pro consumatore* deberá tenerse siempre presente en: *a)* la elaboración de la legislación positiva; *b)* la práctica judicial, y *c)* la actuación de todos los poderes públicos.

El mismo artículo 53.1 CE establece, de una parte, que tales derechos *vinculan* a todos los poderes públicos, y, de otra, contiene una *reserva de ley* en favor de del derecho a la protección de los consumidores y usuarios, es decir, que el desarrollo legislativo de su regulación se encomienda a una norma con rango de ley, que será el instrumento jurídico en el que habrán de basarse quienes soliciten el amparo de los jueces y tribunales en defensa de estos derechos y principios, como determina el artículo 53.3 CE.

Si bien el principio *pro consumatore* partió de una interpretación de la doctrina, según se ha expuesto, la aprobación de la nueva LCU en 2007 lo ha “legalizado” o, mejor dicho, “constitucionalizado” de manera expresa en el primero de sus artículos, al indicar que la propia LCU “en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de *principio informador* del ordenamiento jurídico”.

c) Otros preceptos de refuerzo constitucional

Además, según el artículo 54 CE, el Defensor del Pueblo también tendrá entre sus funciones la defensa de los consumidores y usuarios, aunque lo cierto es que, habida cuenta de la extensa y variada gama de derechos que a esta institución corresponde proteger, quizá su efectividad en este campo no sea la deseada. En este sentido, cabe recordar que en Suecia, por ejemplo, para solucionar dicho problema se ha creado específicamente la figura del *ombudsman* (defensor) de los consumidores, con lo que se garantiza una exclusiva dedicación a tan importante tarea.

Al margen de los citados, en otros preceptos constitucionales se aluden o reconocen expresamente ciertos derechos que tienen clara conexión con la protección de los consumidores, destacando especialmente el artículo 43 CE, donde se reconoce el derecho a la salud (con carácter universal), incluido y protegido también por el artículo 51.1, aunque sólo a los consumidores.

d) Valoración crítica

Desde nuestro punto de vista, la valoración de la inclusión de la protección constitucional otorgada por el artículo 51 CE a los consumidores en España es claramente positiva, pues constituye una acertada innovación en el panorama europeo que va mucho más allá que su antecesora, la Constitución de Portugal de 1976, ya pionera, aunque tímidamente, en esta materia en Europa.

Sin embargo, el artículo 51 CE también contiene algunas sombras, que si no existieran dotarían de mayor perfección al precepto, ya que se olvida de indicar algo tan decisivo como qué debe entenderse por consumidor, es decir, a qué sujetos protege, y también a qué materias se extiende aquella protección, máxime cuando de desarrollo legal de estos dos extremos resulta, a nuestro modo de ver, abiertamente insatisfactorio.

3. Consecuencias legales del precepto constitucional

A) Legislación española anterior a 1984

Aunque en España no hubiera una ley concreta de protección de los consumidores y usuarios no significa que los intereses de aquéllos hubieran estado absolutamente desprotegidos jurídicamente, pues siempre existieron los mecanismos legales a disposición de todos los ciudadanos, en especial el Código Civil y también el Código de Comercio, vigentes desde la codificación, entre los que destacan los siguientes preceptos protectores de la parte más débil del contrato:

- a) El artículo 1255 cc, decisivo, impone “la Ley, la moral y el orden público” como límites a la libertad de contratación, pues no todo vale aunque expresamente así figure en el contrato.
- b) El artículo 1256 cc: “la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes”, evitando grandes injusticias.
- c) La irrenunciabilidad de la acción para exigir la responsabilidad procedente del dolo, del artículo 1102 cc, protegiendo al engañado.
- d) El principio *contra stipulatorem* sobre interpretación contractual, impidiendo favorecer a quien propicia la oscuridad, del artículo 1288 cc.
- e) El artículo 59 del Código de Comercio indica que si no se resuelve la duda interpretativa del contrato “se dictará la cuestión a favor del deudor”.

Además de los códigos, se promulgaron leyes intervencionistas, ya específicamente protectoras de los consumidores, contenidas en normas destinadas a regular diferentes sectores de la actividad socioeconómica española, como el transporte aéreo, defensa de la competencia, la publicidad comercial, la venta a plazos de bienes muebles y la de viviendas en construcción, el contrato de seguro y alguna otra de carácter sancionador.⁵

B) Normativa española vigente entre 1984 y 2007

Cumpliendo, tardíamente, el obligado desarrollo legislativo básico de dicho precepto constitucional, se promulgó la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para

⁵ a) Ley de la Navegación Aérea, del 21 de julio de 1960, aún vigente; b) Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia del 20 de julio de 1963, hoy derogada; c) Estatuto de la Publicidad del 11 de junio de 1964, derogado; d) Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, del 7 de julio de 1965, también derogada; e) Ley sobre Percepciones de Cantidades Anticipadas en la Construcción de Viviendas, del 17 de julio de 1968, vigente; f) Ley de Contrato de Seguro, del 8 de octubre de 1980 (LCS), vigente, y g) Real Decreto 1945/1983, del 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, también vigente en la actualidad.

la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que estableció un catálogo de derechos mínimos, un régimen de garantías y responsabilidades para proteger al consumidor.

El carácter general de aquella ley, que ha estado vigente durante más de dos décadas, precisaba de una prolija y extensa reglamentación sectorial mediante diferentes cuerpos normativos, en función de la materia y contenidos que se regulen, cuya correcta aplicación por medio de los diferentes operadores jurídicos debía garantizar una adecuada protección de los derechos e intereses de los consumidores.

La posterior Ley 44/2006, del 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, incluyó en su disposición final quinta una habilitación al gobierno para refundir en un único texto la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, del 19 de julio de 1984, y las normas de transposición de las Directivas sobre protección de los consumidores que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales afectados.

c) Legislación española actual

Fruto de aquel mandato legal se promulgó el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LCU), que deroga la Ley de 1984, también otras cuatro leyes completas sobre contratos fuera de los establecimientos comerciales, responsabilidad civil del fabricante, viajes combinados y garantía en la venta de bienes de consumo.⁶

Sin embargo, pese a estas derogaciones, el contenido de las leyes, que se dejan sin efecto, se transcribe de manera casi íntegra, con mejor técnica, en el nuevo texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007.

La entrada en vigor de las leyes específicas de protección al consumidor no agota, con mucho, el desarrollo legislativo del mandato constitucional, sino que se han promulgado un nutrido grupo de leyes y otras normas estatales respecto a las diferentes materias y sectores específicos referidos a la protección de los dere-

⁶ En particular, la nueva LCU *deroga* las siguientes normas: *a)* Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; *b)* La Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; *c)* Ley 22/1994, del 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; *d)* Ley 21/1995, del 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; *e)* Ley 23/2003, del 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo; *f)* Escasos preceptos de la Ley 7/1996, del 15 de enero, de ordenación del comercio minorista: artículos 48 y 65.1 —de éste sólo sus letras n y ñ—, así como la disposición adicional primera.

chos e intereses de los consumidores y usuarios, todo ello, además, al margen de la normativa autonómica de consumo, en no pocas veces repetitiva de la estatal.

En definitiva, como ha puesto de relieve la doctrina, la LCU “no lleva a cabo una reconstrucción «mecánica» de los textos, sino que introduce bastantes novedades, no pocas de ellas de notable relevancia práctica”.⁷

Téngase en cuenta que el artículo 82.3 CE dispone que “la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos”. La LCU es claro que no se limita a aquella mera formulación legal, sino que regulariza, aclara y armoniza, e incluso complementa, generosamente, los textos refundidos.

d) Ámbito territorial de aplicación

El artículo 139.1 CE establece la igualdad en la aplicación de las leyes para todos los ciudadanos independientemente del lugar donde se encuentren, al indicar que: “Todos los españoles tienen *los mismos derechos y obligaciones en cualquier territorio* del Estado”, principio matizado en función de las diferentes legislaciones autonómicas que permiten regulaciones distintas para las materias que sean de competencia de las CCAA.

La LCU tiene carácter general, de aplicación básica en todo el Estado español, pues la mayoría de las materias reguladas son de competencia exclusiva del Estado, lo que significa que esta ley fija un contenido mínimo en materia de derecho de consumo ampliable por las CCAA.

La citada STC 15/1989, del 26 de enero, expresó que aunque la Ley de Consumidores de 1984 no era de aplicación directa a aquellas Comunidades Autónomas que habían asumido constitucionalmente competencia plena sobre la defensa de los consumidores y usuarios en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, sin embargo, al tener carácter “general”, la legislación de consumo (también la LCU de 2007) será de aplicación en todo el territorio nacional, es decir, que las Comunidades Autónomas deben “acatar su contenido mínimo”, cuyos derechos reconocidos deben ser comunes en todo el territorio español, si bien aquéllas pueden legislar desarrollando las instituciones sobre defensa de los consumidores que le permitan sus propios estatutos autonómicos.⁸

⁷ CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Aranzadi Civil*, No. 1, 2008, pp. 2133-2166.

⁸ La STC 15/1989 declaró que los artículos 1.1, 6, 7, 13.2, último inciso, 14-19, 22, puntos 1-4, y 6, 23, 36.2, 39.5

Atendiendo a lo dispuesto en la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha citado, la redacción del vigente artículo 1 LCU, bajo la rúbrica de “Principios generales”, determina que:

[...] en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de *principio informador* del ordenamiento jurídico, esta norma tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado.

Además, dicho precepto añade, respecto de su ámbito de aplicación: “En todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139”.

4. Competencias constitucionales del Estado español en materia de protección jurídica de los consumidores y usuarios

Entre la distribución de competencias exclusivas atribuidas al Estado por el artículo 149.1 CE no se encuentra la protección de los consumidores, como tampoco se atribuye expresamente, en el artículo 148, a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumirla en esta materia. Lo anterior determina, según el artículo 149.3 CE, una cláusula residual en favor del Estado, en el sentido de atribuirle todas las competencias que no se detallan en el artículo 148 CE, o que, estando citadas, no han sido expresamente asumidas por los Estatutos de Autonomía por parte de las Comunidades Autónomas.

En principio, corresponde al Estado la competencia en materia de protección de los consumidores y usuarios, materia que tiene carácter multidisciplinar, pues afecta a diversas competencias, salvo que los Estatutos hayan asumido expresamente dicha competencia con carácter exclusivo, en cuyo caso habrán de respetar, naturalmente, las demás competencias estatales ya atribuidas por otros títulos competenciales. En todo caso, al no contenerse expresamente la defensa de los consumidores y usuarios en ninguno de los catálogos de competencias recogidos en los artículos 148.1 (competencias de las Comunidades Autónomas) y 149.1 CE (competencias del Estado), y pese a haberse asumido de manera ple-

y 41 de la Ley de 1984 no eran de aplicación directa en las Comunidades Autónomas que constitucionalmente, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, habían asumido la competencia plena sobre defensa de los consumidores y usuarios. En la misma resolución determina que tampoco el artículo 20.1 y 2 era de aplicación directa en las Comunidades que, estatutariamente, hubieran adoptado la competencia sobre asociaciones de consumidores y usuarios.

na, o menos plena, por parte de las Comunidades Autónomas, lo cierto es que muchos de los contenidos que afectan a esta materia sí que han sido atribuidos de manera exclusiva al Estado, por lo que se produce un choque competencial que habrá que resolver en favor de éste o aquéllas.

Una gran parte del derecho civil, en particular la regulación del “régimen de los contratos”, es competencia exclusiva del Estado, al otorgarse a éste, de manera expresa, las bases de “las obligaciones contractuales”, en el artículo 149.1.8ª CE, y también el *derecho mercantil*, al atribuirle también la “legislación mercantil” en el artículo 149.1.6ª CE, por lo que, incluso las Comunidades Autónomas que han asumido con carácter exclusivo, y de manera plena, la competencia en materia de consumo, aunque sean aquellas que gocen también de la competencia para “desarrollar, conservar y modificar su propio *derecho civil*”, deberán respetar la regulación del Estado referida al derecho de consumo, pues gran parte del contenido de éste lo conforman normas de derecho mercantil y las bases de las obligaciones contractuales.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) del 22 de marzo de 1991 declaró la inconstitucionalidad de las normas de consumo las Comunidades Autónomas con competencia en materia de desarrollo de su *derecho civil* (en concreto en Galicia), al suponer una regulación del contenido de los contratos distinta de la normativa establecida con carácter estatal.

Otros pronunciamientos del mismo tribunal, como la importante STC del 3 de noviembre 1982, han declarado también que resultan inconstitucionales determinados preceptos de la legislación vasca de consumo al modificar el régimen de *responsabilidad civil* que debe ser igual para todo el territorio español.

En materia de *derecho de la competencia*, la STC 264/1993, del 22 de julio, declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos autonómicos (Ley aragonesa de ordenación de la actividad comercial) por invadir materias de titularidad estatal.

Los *horarios comerciales* han sido considerados de competencia estatal, declarando la STC (Pleno) 225/1993, del 8 de julio, la inconstitucionalidad de la normativa autonómica (ley valenciana sobre ordenación del comercio y superficies comerciales) que no respetaba los límites fijados por la legislación estatal. Posteriormente, el mismo día, se aprobó la Ley 7/1996, del 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LCM) y la Ley Orgánica 2/1996, del 15 de enero (LOCM), complementaria de la anterior, que encomiendan a las Comunidades Autónomas la regulación sobre los horarios del comercio, pero respetando, en todo caso, los mínimos que hayan sido fijados por la ley estatal.

En definitiva, a la vista de *prevalencia de las normas estatales* sobre regulación de los contratos, así como de la responsabilidad civil y, en todo caso,

la referente a la legislación mercantil, ambas de enorme proyección dentro del derecho de consumo —y la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que impide a las Comunidades Autónomas reproducir la regulación estatal en materia de defensa de los consumidores referidas a materias competencia exclusiva del Estado—, parece evidente que el margen de regulación autonómica es más bien limitado, incluso, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, cuando aquélla pretenda otorgar un nivel de protección superior al contenido en la norma estatal, aunque, en última instancia, corresponderá a dicho tribunal resolver este último aspecto a la vista del principio contenido en el artículo 51 CE.

Pueden resumirse, de forma básica y elemental, las competencias de consumo, según los artículos 149 y 139.2 CE, y la doctrina constitucional de las ya citadas SSTC 71/1982 y 88/1986, por lo que, con carácter exclusivo, corresponde al Estado el ejercicio de las siguientes competencias:

- a) Legislación civil, salvo el derecho foral.
- b) El aseguramiento de la unidad de mercado.
- c) La legislación mercantil.
- d) Las bases de las obligaciones contractuales.
- e) La responsabilidad civil derivada de las relaciones contractuales.
- f) La responsabilidad civil extracontractual.
- g) Las condiciones generales de la contratación.
- h) El derecho penal y procesal.

Finalmente, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 31/2010, del 28 de junio de 2010 (sobre el Estatuto de Cataluña), sintetiza en su FJ 70 que:

[...] la materia de defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma *no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado* (artículo 149.1, CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, del 26 de enero, FJ 1).

5. La legislación autonómica —regional— de consumo

La “protección de los consumidores y usuarios” no se encuentra prevista, en la Constitución, entre las competencias específicas del Estado, ni tampoco de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo expuesto respecto de ciertas materias sobre consumo, que son de competencia exclusiva estatal.

No obstante, tal vez debido a la creciente importancia que en nuestra sociedad ha ido adquiriendo la protección de los consumidores, lo cierto es que, hasta la fecha, la casi totalidad de las Comunidades Autónomas que conforman el territorio español (que son diecisiete, en las que se estructura el reino de España), excepto La Rioja, han promulgado, cada una de ellas, sus propias leyes autonómicas específicas de consumo o sus estatutos legales de defensa del consumidor, con rango formal de ley autonómica.⁹

6. El derecho de consumo comunitario europeo

A) *El derecho constitucional u originario*

También denominado “derecho constitucional de la Unión Europea”, el derecho originario tiene su base en el Tratado Roma del 25 de marzo de 1957, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE),¹⁰ no alude de manera directa a los consumidores, ni establece medidas de protección específicas para este sector, aunque sí que contiene algunas referencias indirectas a lo largo de todo el tratado, referentes a la mejora constante de las condiciones de vida como finalidad

⁹ En España, al término de la redacción de estas líneas, están vigentes las siguientes leyes autonómicas de protección del consumidor: Ley 13/2003, del 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (*Boletín Oficial del Estado*, en adelante *BOE*, No. 14, del 16 de enero de 2004); Ley 16/2006, del 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (*BOE* No. 45, del 21 de febrero de 2007); Ley 3/2003, del 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias (*BOE* No. 56, del 6 de marzo de 2003); Ley 1/2006, del 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (*BOE* No. 77, del 31 de marzo de 2006); Ley 11/2005, del 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (*BOE* No. 255, del 20 de diciembre de 2005); Ley 11/1998, del 5 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León (*BOE* No. 16, del 19 de enero de 1999); Ley 22/2010, del 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña (*BOE* No. 196, del 13 de agosto de 2010); Ley 2/1987, del 9 de abril, del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana (*BOE* No. 102, del 29 de abril de 1987); 6/2001, del 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura (*BOE* No. 173, del 20 julio 2001); Ley 12/1984, del 28 de diciembre, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad de Galicia (*BOE* No. 139, del 11 de junio de 1985); Ley 1/1998, del 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (*BOE* No. 113, del 12 de mayo de 1998); Ley 11/1998, del 9 de julio, de Protección de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad de Madrid (*BOE* No. 206, del 28 de agosto de 1998); Ley 7/2006, del 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Navarra; Ley 6/2003, del 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuaris del País Vasco (*BOPV* No. 254, del 30 de diciembre de 2003); Ley 11/2002, del 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios, del Principado de Asturias (*BOE* No. 13, del 15 de enero de 2003); Ley 4/1996, del 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (*BOE* No. 238, del 2 de octubre de 1996). Todas ellas pueden consultarse en el sitio oficial de Internet —de acceso libre y universal— del *Boletín Oficial del Estado* español: www.boe.es.

¹⁰ Se conoce como *derecho originario* comunitario europeo, y también, derecho constitucional comunitario, aquel que procede directamente de los tratados internacionales constitutivos de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) y sus posteriores reformas.

primordial de la entonces CEE, según indicaba el artículo 3 de su Preámbulo, así como la “rápida elevación del nivel de vida de sus ciudadanos”, tal como establece el artículo 2.

No fue hasta la Conferencia de Jefes de Estado de París, celebrada el 19 y 20 de octubre de 1972 (*Cumbre de París*), cuando se comenzó a ejecutar una política ordenada en materia de consumo, solicitándose allí que los órganos comunitarios elaboraran un programa específico para robustecer y coordinar medidas de protección al consumidor, al preocuparse los Estados miembros por dar “un aspecto humano” a la Comunidad Europea, lo que habría de traducirse en una mejora de la calidad de vida de los europeos.

La elaboración de la Carta de Protección del Consumidor, el 17 de mayo de 1973, por parte de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, supuso el inicio de la política comunitaria de protección del consumidor.

La aprobación del Acta Única Europea,¹¹ que reformó el Tratado de Roma en materia de mercado interior, supuso, por primera vez, la protección expresa de los consumidores en la Europa comunitaria, extremo de gran importancia, pues nunca antes había aparecido esta mención en un tratado constitutivo comunitario, y aunque esta mención no establece todavía ninguna política concreta de protección al consumidor, incluye entre sus objetivos “la protección de la salud de las personas”, “asegurar al consumidor suministros a precios razonables” y “limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”.

El Tratado de Maastricht¹² se propone la “contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores,¹³ y que “la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y garantizarles una información adecuada”.¹⁴

Tras la reforma del Tratado de Roma, constitutivo de la CEE, llevada a cabo mediante el Tratado de Ámsterdam,¹⁵ el nuevo artículo 153.1, vigente en la actualidad, determina que: “la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad

¹¹ Firmada el 17 (en Luxemburgo) y el 28 (en La Haya) de febrero de 1986, que entró en vigor el 1 de julio de 1987, ratificada por España por Instrumento del 9 de diciembre de 1986 (mediante la Ley Orgánica 4/1986, del 26 de noviembre).

¹² Firmado el 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, ratificado por España en Instrumento del 29 de diciembre de 1992.

¹³ Artículo 6.s).

¹⁴ Artículo 129.A.

¹⁵ Firmado el 2 de octubre de 1997, ratificación autorizada en España mediante la Ley Orgánica 9/1998, del 16 de diciembre.

y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses".¹⁶

B) El denominado derecho derivado

En el plano del derecho derivado,¹⁷ en 1973 se crea el Servicio de Medio Ambiente y de Protección de los Consumidores europeo a cargo de un comisario, y se constituye el Comité Consultivo de los Consumidores para representar, ante la propia Comisión, los intereses de los consumidores y las políticas de consumo,¹⁸ aprobándose diversos y decisivos Planes de actuación.¹⁹

Los primeros frutos de esta política fueron la aprobación de las primeras Directivas Comunitarias para la protección de los consumidores, destacando la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa; Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad del fabricante por daños de productos defectuosos; Directiva 85/577/CEE de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y Directiva 87/102/CEE reguladora del crédito al consumo.

Sin carácter vinculante, pero de una influencia decisiva, se adoptaron posteriormente: la Recomendación 87/598/CEE que aprobó el Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico, y la Recomendación 88/59/CEE sobre sistema de pago y relaciones entre titulares y emisores de tarjetas de débito y crédito.

1. El primer Plan Trienal de Acción sobre la Política de los Consumidores en la Comunidad Europea (1990-1992) tuvo como consecuencia la promulgación de la Directiva 90/314/CEE sobre viajes combinados; la Directiva 92/59/CEE sobre seguridad de los productos, y la Directiva 90/88/CEE modificando la anterior sobre crédito al consumo.
2. El segundo Plan Trienal,²⁰ para el periodo 1993-1995, tomó como objetivo principal el desarrollo del Mercado único al servicio de los consumidores.

¹⁶ Este nuevo artículo 153 sustituye al antiguo artículo 129.A del Tratado.

¹⁷ Se conoce como *derecho derivado* comunitario europeo el que procede de las instituciones de la Unión Europea con capacidad de producción normativa.

¹⁸ En 1973 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó la resolución 543/73 por la que se aprobaba la Carta Europea de Protección de los Consumidores. El Consejo de Ministros europeo, en reunión del 14 de abril de 1975, reconoce los derechos básicos de los consumidores y las medidas específicas para su eficacia, considerando que la mejora de las condiciones de vida es una de las misiones de la Comunidad que implica la protección de la salud, de la seguridad y de los intereses económicos de los consumidores.

¹⁹ En 1975 se aprobó el Programa Preliminar de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores; en 1981, el Segundo Programa de la Comunidad Europea para una política de protección e información a los consumidores, y en 1985 el Programa Nuevo Impulso de la política de protección e información a los consumidores en la Comunidad Europea.

²⁰ Aprobado el 28 de julio de 1993.

En esta fase se adoptaron los siguientes instrumentos comunitarios: la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, y la Directiva 94/47/CEE sobre contratos de adquisición de un derecho de uso de bienes inmuebles a tiempo compartido.

3. El tercer Plan Trienal de Acción sobre Política de los Consumidores para el periodo 1996-1998 propició un nutrido cuerpo normativo: la Directiva 97/7/CE sobre contratos celebrados a distancia; Directiva 97/55/CE sobre publicidad comparativa, modificando la anterior de 1984 sobre publicidad engañosa; Directiva 98/7/CE nuevamente de crédito al consumo, alterando la de 1987; Directiva 98/6/CE sobre indicación de precios, y la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación.
4. El cuarto Plan Trienal de Acción para la Política de los Consumidores para 1999-2001 tiene en consideración la nueva estructura del mercado, así como la mundialización de la economía y del desarrollo de las nuevas tecnologías, lo que produce un gran impacto en las nuevas formas de consumir, propiciando nuevos textos normativos: la Directiva 1999/44/CE, del 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, y la Decisión 2000/323/CE del 4 de mayo de 2000, de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la que se acuerda la creación de un Comité de los consumidores.
5. El quinto Plan tuvo carácter quinquenal (2002-2006), en cuyo periodo se aprobó una de las más influyentes normas comunitarias, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 12 de diciembre de 2006, relativa a los *servicios en el mercado interior* (conocida como la directiva de los servicios, sobre todo, profesionales), fruto de la denominada "estrategia de Lisboa".²¹ En 2004 se aprobó el Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.²²
6. El último Plan de actuación (2007-2013) se adoptó mediante la Decisión 1926/2006/CE, y quizá sea el más ambicioso de todos hasta el momento, además incluye una la elevada financiación comunitaria.

22

Al 15 de enero de 2012, los veintisiete países miembros de pleno derecho de la Unión Europea son, por orden alfabético: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Fin-

²¹ La "estrategia de Lisboa" se fraguó en la reunión extraordinaria del Consejo Europeo en la capital portuguesa el 23 y 24 de marzo de 2000.

²² Reglamento (CE) No. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores.

landia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia.²³

A todos ellos, en el ámbito comunitario, con el objetivo concreto de lograr un alto nivel de protección mediante el desarrollo de las políticas de defensa de los consumidores, actualmente se les reconoce el derecho a adoptar medidas que *eleven la protección básica* de los consumidores, establecida en las normas comunitarias, poniendo como límite únicamente el propio mercado interior y las actuaciones reguladas en las Directivas.

Es bien sabido que las Directivas tienen el carácter de mínimos, y aunque no sean de aplicación directa, sin embargo, pueden producir el efecto directo cuando no hayan sido desarrolladas por un Estado miembro dentro del plazo fijado para ello en ellas, siempre que sean claras y precisas, e invocadas por un particular frente a un Estado miembro, no entre particulares.

7. Rasgos esenciales del derecho de consumo español y europeo

A) Un derecho multidisciplinar

La protección de los consumidores se estudia en esta obra desde el punto de vista del derecho privado, esto es, a la vista del derecho civil y mercantil, disciplinas que acogen la mayoría de las normas que reconocen derechos subjetivos a los consumidores y usuarios.

Pero, como se adelantó, también desde las disciplinas que se integran en el derecho público se aborda aquella protección, en especial, mediante el derecho administrativo, tanto de carácter organizativo, de control e inspección, como preventivo y sancionador. Otras ramas que se refieren a la defensa del consumidor se encuentran en el derecho tributario, sin olvidar ciertos aspectos de derecho procesal, y, desde luego, también el derecho penal, habida cuenta de diversos tipos penales específicos que castigan los supuestos más graves de atentados contra los derechos del consumidor.

23

B) Dispone de diversas fuentes normativas

Si bien la competencia legislativa para regular, con rango de ley formal, se va aclarando poco a poco, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, mediante

²³ Son países *candidatos* a ingresar en la UE en el futuro: Croacia, la antigua república yugoslava de Macedonia, Turquía e Islandia. Países *candidatos potenciales* a incorporarse a la Unión son: Albania, Bosnia y Herzegovina, Kosovo, Montenegro y Serbia.

la titubeante doctrina del Tribunal Constitucional, lo cierto es que, además, ha de tenerse muy en cuenta que, cada vez más, las normas de protección de los consumidores son de procedencia comunitaria que luego se transponen a los países miembros. Además, en última instancia, también las entidades locales pueden dictar ordenanzas de consumo en sus respectivos territorios. En definitiva, el derecho de consumo está formado por: 1) derecho comunitario; 2) derecho estatal; 3) derecho autonómico, y 4) derecho local.

Por tanto, las fuentes del derecho de consumo están formadas por las normas, legales y reglamentarias sobre esta materia, provenientes de las siguientes instituciones públicas: a) el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea; b) las Cortes Generales y el gobierno de la nación española; c) las asambleas legislativas y los gobiernos de las Comunidades Autónomas, y en menor medida, d) los plenos y los alcaldes de los municipios españoles.

c) Carácter imperativo de sus normas

Las normas de derecho de consumo reconocen derechos ejercitables y exigibles, por quienes ostenten la cualidad de consumidores y usuarios, pero, ciertamente, de poco o nada serviría tal reconocimiento si los titulares de los derechos pudieran renunciar a ellos si desean contratar para adquirir el bien o servicio.

Por tal motivo, las normas de derecho de consumo suelen tener carácter imperativo, lo que se traduce en la irrenunciabilidad de los derechos que son reconocidos al consumidor y al usuario. A tal fin, el artículo 10 LCU dispone que: “la *renuncia previa* a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios *es nula*, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en *fraude de ley* de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil”. Al respecto, el artículo 6.4 del Código Civil español vigente (cc) indica: “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en *fraude de ley* y *no impedirán la debida aplicación de la norma* que se hubiere tratado de eludir”.

d) Cualidad tuitiva de sus preceptos

Si algo caracteriza especialmente al derecho de consumo es precisamente su finalidad protectora a una cualidad concreta de personas, los consumidores y usuarios. Este carácter tuitivo es la razón que justifica su existencia, puesto que

ya existen normas para todos en las otras disciplinas jurídicas, aparece el derecho de consumo para otorgar una mayor protección de la que otorga el derecho tradicional. Igual ocurre, por ejemplo, con el derecho del trabajo, donde el sujeto protegido es el trabajador frente al empleador; en el derecho de consumo es el consumidor frente al empresario.

E) Protección optativa, compatible y complementaria

A diferencia de lo que sucede en la disciplina tomada como ejemplo —el derecho del trabajo—, donde los sujetos protegidos sólo tienen un cuerpo normativo (en esencia, el Estatuto de los Trabajadores y normas complementarias), que tienen carácter exclusivo y excluyente para hacer valer sus derechos, no existiendo otra vía; sin embargo, las normas de protección de los consumidores complementan al resto del ordenamiento jurídico, es decir, los afectados, que ostenten esta cualidad de consumidor, pueden acudir a las vías específicas reconocidas sólo a éstos en el derecho de consumo, pero también, si lo desean, pueden acogerse al resto de las normas comunes del ordenamiento jurídico.

Por ello puede hablarse de un carácter optativo, pues en ocasiones (quizá pocas) el consumidor puede optar por reclamar la protección de las normas comunes (derecho civil y mercantil), o bien las de derecho de consumo. De o anterior se deduce, igualmente, el carácter compatible del derecho de consumo con el resto del ordenamiento. Y también complementario, ya que, además de las normas de consumo, e incluso una vez agotada esta vía especial, puede interesar al consumidor interponer una reclamación al amparo del derecho civil y mercantil.

F) Otros caracteres básicos

Además de los expresadas más arriba, la doctrina más reciente ha destacado otros caracteres del derecho de consumo, alguno de los cuales ya se han apuntado, y se destacan los siguientes:²⁴

- a) El mercado intervencionismo de las administraciones públicas.*
- b) La prevalencia, en caso de conflicto, del principio *pro consumatore*.*
- c) Supone un complemento de las normas reguladoras del mercado.*
- d) Está impulsando la armonización del derecho contractual europeo.*

²⁴ Véase REYES LÓPEZ, MARÍA JOSÉ. *Manual de derecho privado de consumo*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009, pp. 33-35.

- e) Contiene mecanismos propios de resolución de conflictos: arbitraje.
- f) Fomenta las asociaciones de consumidores y usuarios.

8. La LCU: norma esencial de derecho de consumo en España

A) Estructura formal

El vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LCU) se aprobó mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre.

B) Contenido del Texto Refundido

Contiene 165 artículos, 6 disposiciones adicionales y 3 disposiciones finales en sus 4 libros que incorporan estas materias:

1) Libro I sobre “disposiciones generales”, desarrollado en cinco títulos:

Título I que contiene el “ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios”, que agrupa al capítulo I de ámbito de aplicación; el capítulo II de derechos básicos de los consumidores y usuarios; capítulo III sobre protección de la salud y seguridad, capítulo IV sobre derecho a la información, formación y educación, y capítulo V sobre la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Título II sobre el “derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios”, integrado por el capítulo I con el régimen jurídico básico de las asociaciones de consumidores y usuarios y el capítulo II sobre independencia y transparencia de las asociaciones de consumidores y usuarios, el capítulo III del Registro estatal de asociaciones de consumidores y usuarios y el capítulo IV sobre la representación y consulta.

Título III sobre “cooperación institucional”, que contiene el capítulo I de la conferencia sectorial de consumo, y el capítulo II sobre la cooperación institucional en materia de formación y control de la calidad.

Título IV con la “potestad sancionadora”, donde se incluye el capítulo I sobre disposiciones generales, y el capítulo II de infracciones y sanciones.

Título V “procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios”, contiene el capítulo I sobre acciones de cesación, y el capítulo II sobre el sistema arbitral del consumo.

2) Libro II referido a los “contratos y garantías”, donde se incluyen:

Título I de “contratos con los consumidores y usuarios”, con el capítulo I de disposiciones generales, y el capítulo II del derecho de desistimiento.

Título II de “condiciones generales y cláusulas abusivas”, capítulo I de cláusulas no negociadas individualmente, y capítulo II de cláusulas abusivas.

Título III de “contratos celebrados a distancia”, aglutina el capítulo I disposiciones generales, capítulo II información precontractual y contratos, capítulo III con el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y el capítulo IV sobre la ejecución del contrato.

Título IV de “contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles”, incluye el capítulo I sobre ámbito de aplicación, y el capítulo II sobre la contratación en esta modalidad.

Título V de “garantías y servicios posventa”, contiene el capítulo I de disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo, capítulo II sobre la responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario, capítulo III del ejercicio de derechos por el consumidor y usuario, y el capítulo IV que regula la garantía comercial adicional, las obligaciones de documentación y los servicios posventa.

3) Libro III referente a la “responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”:

Título I sobre “disposiciones comunes en materia de responsabilidad”, que contiene el capítulo I que desarrolla las disposiciones generales en esta materia, y el capítulo II bajo el epígrafe de responsabilidad.

Título II de “disposiciones específicas en materia de responsabilidad”, contiene el capítulo I sobre daños causados por productos, y el capítulo II acerca de los daños causados por otros bienes y servicios.

4) Libro IV sobre “viajes combinados”, es el último de todos, y contiene:

Título I de “disposiciones generales”, compuesto por el capítulo I con el ámbito de aplicación, el capítulo II sobre información precontractual y formalización del contrato, el capítulo III acerca de otros derechos del consumidor y usuario, y el capítulo IV sobre la modificación del contrato.

Título II de disposiciones relativas a la resolución del contrato y responsabilidades, que incluye el capítulo I sobre la resolución del contrato o cancelación, y el capítulo II, acerca del incumplimiento, responsabilidad y garantías.

c) Breve valoración crítica

Partiendo del mandato constitucional del desarrollo legislativo de la protección de los consumidores en España, la LCU de 2007 destaca, como se ha visto, por

tratarse de un texto refundido que pretende articular en un solo cuerpo legal diversas materias, en cierto modo homogéneas, para lo cual se han escogido los ingredientes de cinco leyes importantes (una general y cuatro sectoriales) en materia de protección al consumidor, y se ha elaborado un producto final con sus luces y sus sombras.

No se comprenden los motivos por los que han sido excluidos de la “refundición” materias tan propias del derecho de consumo como el crédito al consumo, los servicios financieros a distancia,²⁵ los servicios de la información y el comercio electrónico, las ventas de bienes inmuebles a los consumidores (viviendas), y el aprovechamiento por turno compartido de inmuebles vacacionales (cuya ley reguladora prohíbe que se denomine multipropiedad, como todo el mundo la conoce), entre otros contenidos.

Respecto de la técnica de refundición usada, la doctrina ha criticado que ciertos aspectos de la nueva LCU no tienen una explicación lógica, y sí una falta de “armonía interna entre las distintas modalidades contractuales sobre las que había de practicarse la refundición, que han permanecido con el mismo nivel de disparidad que padecían antes de la refundición”. Pero se añade alguna ventaja como el interesante artículo 60 LCU, “que unifica las normas preexistentes y uniformiza la clase de información que debe darse en la contratación con consumidores”.²⁶

Se ha escrito que la valoración acerca de la calidad de la refundición es positiva, tanto en su sistemática como en buena parte de las modificaciones introducidas. No se detectan, además, omisiones relevantes ni “efectos secundarios” imprevistos. En definitiva, para esta doctrina que se glosa, la nueva LCU “mejora la situación legislativa anterior (la derogada Ley del Consumidor 1984 y las demás leyes especiales que ahora se refunden)”.²⁷

Respecto de la valoración del estado del desarrollo legislativo actual del precepto constitucional de protección de los consumidores y usuarios, contenido, como se ha visto, en el artículo 51 CE, la nueva regulación española resulta abiertamente positiva, por cuanto, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre esta materia, se ha logrado, también ahora en vía legislativa, un

²⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ. *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores: especial referencia a servicios financieros*, editorial La Ley, Madrid, 2009.

²⁶ CARRASCO PERERA, ÁNGEL. “Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, en *Aranzadi Civil*, No. 1, 2008, pp. 2215-2225.

²⁷ CAVANILLAS MÚGICA, S. “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Aranzadi Civil*, No. 1, 2008, pp. 2133-2166.

mayor respeto de los principios y postulados constitucionales que de aquel precepto se derivan.

Finalmente, la adecuación de la legislación de protección a los consumidores a los preceptos constitucionales continúa siendo perfilada por el Tribunal Constitucional español, en especial respecto de los conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, con la posibilidad de servir como referente más cercano en el tiempo la reciente *STC 26/2012*, del 1 de marzo de 2012.²⁸

En definitiva, no sólo la doctrina del Tribunal Constitucional viene delimitando los perfiles del nuevo derecho de consumo en España, sino también, y en mayor medida tal vez, el nutrido cuerpo normativo que procede de los tratados y de las instituciones de la Unión Europea que, a pasos de gigante, van homogenizando un nuevo cuerpo legislativo con normas de derecho privado que persiguen un elevado nivel de protección jurídica, de aplicación casi idéntica en los veintisiete de países que la conforman, cuya función es elevar la calidad de vida de los ciudadanos comunitarios, esto es, de los consumidores.

Y es que, en puridad, en los últimos tiempos, pocas parcelas del derecho privado, como ha ocurrido con el derecho de consumo, se han visto tan influidas por las normas constitucionales, tal vez debido tanto a la gran proyección sobre los derechos civiles de los ciudadanos, como al enorme éxito del desarrollo de esta joven y apasionante disciplina. ■

²⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 26/2012, del 1 de marzo de 2012 (*BOE* No. 75, del 28 de marzo de 2012, en cuyo fundamento de derecho 3 se afirma sobre esta materia que las Comunidades Autónomas españolas: "han de respetar las competencias del Estado relacionadas en el artículo 149.1 CE, en especial aquéllas explícitamente mencionadas por el texto estatutario *en relación con las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios* y de comercio interior pues sólo entonces será dable reconocer que la autonómica se ha actualizado en el respeto a su marco delimitador propio, constitucional y estatutario, cuestión ésta que deberemos determinar en relación a cada uno de los preceptos objeto del presente proceso al examinar su relación con las competencias estatales que se entienden vulneradas como son, especialmente, las derivadas del artículo 149.1.6 y 13 CE".

**La posesión: medio y fin.
Examen de la figura en Colombia y Perú***
*The possession: means and purpose.
Search of this concept in Colombia and Peru*

César Carranza Álvarez**
Francisco Ternera Barrios***

RESUMEN

En el presente texto, los autores analizan una de las instituciones que, conjuntamente con la propiedad, presupone el disfrute económico de un bien: la posesión. Se estudia el papel tradicional que ha tenido en el derecho civil: el de servir de medio que conduce a la usucapión, así como su perfil negativo de hecho ilícito. Entre ambas cuestiones se aborda su novedoso rol de derecho real de garantía, antes reservado con exclusividad al derecho de propiedad, que ha permitido en la experiencia comparada acercar a los sectores más deprimidos de la sociedad a los beneficios del crédito.

PALABRAS CLAVE: *Posesión, garantía real, hipoteca.*

ABSTRACT

In this text, the authors analyze one of the institutions that, along with property, presuppose the economic enjoyment of an asset: the possession. They study its traditional role in the civil law, as the means to usucapion, as well as its negative profile of unlawful act. Between both questions, its new role as real right of guarantee is approached, previously reserved just for property right, which has allowed, in the comparative experience, to bring over the most depressed sectors of the society to the benefits of credit.

KEY WORDS: *Possession, real guarantee, mortgage.*

* Recibido: 7 de enero de 2012. Aprobado: 1 de febrero de 2012.

** Miembro del Estudio *Carranza & Figueroa*, Abogados Consultores, Co., Colombia.
(cesar_carranzaalvarez@yahoo.es).

*** Profesor principal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
(francisco.ternera@urosario.edu.co).

Sumario

1. Introducción
2. Su papel tradicional: la posesión como un medio
 - A) La posesión material
 - B) La posesión inscrita
3. Su novel lectura: la posesión como un fin
 - A) Derecho real
 - B) Derecho de garantía
 - C) Hecho ilícito
4. A manera de conclusión

1. Introducción

Hablar de posesión inmobiliaria significa referirse a un vasto grupo de hipótesis: campesinos sin títulos de propiedad, campesinos con títulos no registrados, terratenientes con deseos expansionistas, invasores de tierras, personas al margen de la ley que explotan económicamente predios ajenos, etcétera. En efecto, alrededor de la posesión confluyen intereses disímiles y necesidades diversas.

En este orden de ideas, las políticas tendentes a robustecer los derechos patrimoniales sobre la tierra apuntan a un importante universo de beneficiarios. Políticas legislativas demasiado laxas podrían tener como graves consecuencias el ensanchamiento de la brecha pobreza-riqueza de un país.

Sobre el particular, hablaremos de las tradicionales y nuevas calificaciones que ha merecido la posesión.

2. Su papel tradicional: la posesión como un medio

Como se sabe, nuestros códigos civiles latinoamericanos, inspirados ampliamente en el Código de Napoleón de 1804, acogen la concepción clásica, subjetiva, de la posesión, muy próxima a la presentada por SAVIGNY.¹ En este orden de ideas, la posesión se nos presenta como un elemento *sine qua non* del modo conocido como *usucapión*. Hablamos de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real. Un ejemplo clásico de ello lo encontramos en el artículo 1151 del Código Civil mexicano.

¹ Véase SAVIGNY. *Traité de la possession en droit romain*, Paris, 1803.

Se trata, pues, del papel más ortodoxo de la posesión: es el vehículo o medio que conduce a la usucapión. En efecto, no hay usucapión si no hubo posesión previa y continua (*sine possessione, praescriptio non procedit*) durante el término señalado en la ley.

En Colombia, tres años de posesión regular para muebles y cinco años de posesión regular para inmuebles conducen a la usucapión ordinaria (artículo 2529, Código Civil mod. Ley 791 de 2002, artículo 4 col.); diez años de posesión irregular sobre un mueble o inmueble conducen a la usucapión extraordinaria (artículo 2532, Código Civil mod. Ley 791 de 2002, artículo 6 col.). En definitiva, con la usucapión el derecho real precario o provisional: posesión, se convierte en un derecho real definitivo: propiedad.²

Desde luego, la usucapión debe ser alegada, ya como una acción, ya como una excepción,³ acompañada de una demanda de reconvencción contra su demandante inicial (artículo 2513, inciso 2, Código Civil col.). Es decir, el proceso de pertenencia puede promoverse de forma autónoma y separada o puede formularse dentro de un proceso de reivindicación, con una demanda de reconvencción, cuya pretensión consista en la declaración de la adquisición por usucapión del dominio sobre un bien.⁴ Podrá servirse de la acción de declaración de pertenencia quien ha poseído el bien por el término exigido por la Ley (artículo 407,

² Según el principio de retroactividad de la usucapión, abrazado por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, el poseedor adquiere el derecho real desde el día del comienzo de la posesión (fecha en la cual empezó a correr el término de la prescripción). En este orden de ideas, una vez el término de posesión exigido por la ley expira, se puede reconocer judicialmente el derecho de propiedad desde el día en que inició a correr el término mismo. Este principio de retroactividad, no consagrado expresamente por ningún artículo del Código Civil, ha sido inferido por la doctrina y la jurisprudencia del numeral 1 del artículo 1792 del Código Civil colombiano.

Claro está, el poseedor puede agregar a su propia posesión la posesión de su causante, cumpliendo los requisitos de ley (artículos 778 y 2521, Código Civil col.). La agregación de posesiones opera con la suma de calidades y vicios. Procede cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, una relación de causante-causahabiente a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte.

La jurisprudencia registral de Perú se expide también en el sentido expresado en el párrafo primero de esta nota, al señalar que: "Los efectos de la prescripción adquisitiva de dominio son retroactivos, es decir, que si bien la adquisición de la propiedad se produce al cumplirse el plazo señalado en la ley, sin embargo sus efectos se retrotraen al momento en que empezó a usucapir". Perú, Resolución No. 109-99-ORIC/TR. "Jurisprudencia, preguntas Et respuestas jurisprudenciales", en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 22.

³ La excepción es "un medio de defensa mas no engloba toda la defensa. La defensa en su sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consiste en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos del primero, y por lo mismo, la acción. La excepción es, pues, siempre autónoma de la acción". Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1994. M.P. Eduardo García Sarmiento.

⁴ Estima la Corte Suprema que "si el demandado restringe su actividad a la simple proposición de la excepción de prescripción extintiva del derecho de dominio del demandante, ello no equivale a que por la jurisdicción se hubiere declarado como nuevo dueño del bien, como quiera que, para esto, necesariamente ha de surtirse un proceso de declaración de pertenencia". Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 7 de octubre de 1997. M.P. Pedro Lafont Pianetta. *Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, t. xxvi, No. 311, noviembre de 1997, p. 1559.

No. 1, Código de Procedimiento Civil col.). Los sujetos pasivos de la demanda de pertenencia son los titulares de derechos reales principales (propiedad, usufructo, uso o habitación) (artículo 407, No. 5, Código de Procedimiento Civil col.).

En Colombia, a nivel legislativo se ha pretendido simplificar este reconocimiento de la usucapión. A título de ejemplo referiremos ciertos ejercicios normativos relacionados con la declaración de pertenencia y sus posibles conflictos.

Como primera medida, con la Ley 1183 de 2008 se introdujeron importantes beneficios respecto de la declaración de pertenencia de los poseedores de vivienda de interés social (*vis*). Recuérdese que “el proceso de declaración de pertenencia de bienes inmuebles destinados a la vivienda de interés social cumple una función social en cuanto permite que las personas de escasos recursos tengan certeza sobre los derechos de propiedad que pueden ejercer sobre el inmueble en el cual habitan”.⁵ Más exactamente, con esta Ley se permite realizar ante notario la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes para así quedar habilitados para adquirir su dominio por usucapión ordinaria.

De manera general, podría pensarse que el objetivo de toda la Ley 1183 de 2008 colombiana es el siguiente: acercar a las clases menos favorecidas las bondades del derecho patrimonial más importante que existe: la propiedad o dominio, concretamente respecto de la *vis*. Para ello se ofrece un ágil proceso notarial de inscripción de la posesión regular. Como se desprende de su informe de ponencia mismo, la Ley en comento tiene el siguiente norte: “facilitar la constitución de poseedores regulares de los inmuebles de estratos 1 y 2 a través de un trámite expedito ante notario, con el fin de generar para estos ciudadanos la aptitud jurídica para adquirir el dominio a través del modo de prescripción adquisitiva ordinaria”.⁶

En segundo lugar, de manera mucho más ambiciosa, el legislador colombiano también se ha ocupado del pequeño fundo agrario. En efecto, en la Ley 1182 de 2008 se estatuye un proceso especial de declaración de pertenencia, ofrecido

⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia c-078 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda.

⁶ Informe de ponencia para segundo debate. Proyecto de Ley 219 de 2007, Cámara-68 de 2006, Senado. Ponentes: Edgar Gómez R., Germán Varón C., Rosmery Martínez R. y Germán Navas T.

En la Ley 1183 de 2008, sobre la declaración de la posesión regular por parte de los notarios, se aclara lo siguiente: “Artículo 1. Los poseedores materiales de inmuebles urbanos de estratos uno y dos que carezcan de título inscrito, podrán solicitar ante notario del círculo donde esté ubicado el inmueble, la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares de dichos bienes, a fin de quedar habilitados para adquirir su dominio por prescripción ordinaria, de acuerdo con la ley y en los términos y plazos señalados por la Ley 791 de 2002 y las leyes especiales que reglamentan el dominio de los bienes considerados Vivienda de Interés Social, *vis*”.

Por lo demás, recuérdese que los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1183 de 2008 col., relacionados con la ambiciosa declaración de pertenencia notarial de los poseedores de vivienda *vis*, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, con sentencia c-1159 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea, y rurales no superiores a diez hectáreas. La competencia para adelantar estos procesos especiales fue impuesta a los jueces civiles y promiscuos municipales.⁷

Para terminar, valga señalar que el 10 de junio de 2011, el presidente de Colombia Juan Manuel Santos sancionó la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011). El capítulo III del título IV (artículos 72-122) se ocupa de la restitución de tierras. Se establece que son titulares del derecho a la restitución, las personas que fueran *propietarias* o *poseedoras* de predios. De igual manera, también tienen derecho los *explotadores de baldíos* despojados. En los tres casos, los terrenos comprometidos en la restitución deben estar inscritos en el *Registro de Tierras Despojadas*. Por lo demás, la competencia para conocer de los procesos de restitución se asigna, en única instancia, a los magistrados de las salas de Restitución de Tierras que cree el Consejo Superior de la Judicatura en los tribunales superiores de Distrito Judicial.

Respecto de la *posesión*, se ofrece al despojado el restablecimiento de su derecho real provisional de posesión. Además, en el caso de haberse completado el plazo de posesión exigido por la normativa, en el mismo proceso se podrá presentar la acción de declaración de pertenencia a favor del restablecido poseedor. Valga aclarar que el término de abandono o de desplazamiento no interrumpe el término de prescripción a favor del poseedor despojado.

Nótese que los expedientes incorporados en las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 están relacionados, de manera directa o indirecta, con el reconocimiento de la usucapión. Con la primera se ofrece un proceso especial de declaración de pertenencia a los poseedores del pequeño fundo rural. Con la segunda, los poseedores irregulares de vis podrán ser reputados como poseedores regulares —que pueden acceder a la usucapión ordinaria—, una vez realicen la inscripción de la declaración de la calidad de poseedores regulares ante notario público.

En estos términos, con las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 parece identificarse la posesión regular de un inmueble con la posesión inscrita. En estos términos, percibimos una clara tendencia de los operadores jurídicos de “rescatar” la aparentemente tesis superada de la posesión inscrita de los inmuebles. Particularmente en los términos de las leyes colombianas 1182 y 1183 de 2008 se exige que la posesión regular de inmuebles tenga reconocimiento registral. A continuación nos concentraremos, pues, en estas dos tesis: posesión material y posesión inscrita.

⁷ El artículo 4 de la Ley 1182 col. consagra lo siguiente: quien tenga título o títulos registrados que se enmarquen en la llamada falsa tradición, al tenor del artículo 7 del Decreto-ley 1250 de 1970 podrá, mediante abogado inscrito, presentar demanda por escrito ante el juez civil o promiscuo municipal, correspondiente a la ubicación del inmueble, para que, previa inspección al inmueble, sanee su titulación por providencia debidamente motivada, la cual en firme, será inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, como modo de adquirir.

A) *La posesión material*

Sobre el registro del título, aclaramos que la tesis tradicional jurisprudencial colombiana nos informa que la posesión regular de bienes inmuebles no exige el registro del título. En efecto, desde el célebre fallo del 27 de abril de 1955⁸ se determinó la inexistencia de una posesión inscrita de bienes inmuebles. De igual manera, en una sentencia reciente se aseguró lo siguiente: “para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del *verus domino* [...]”.⁹

En efecto, respecto de los inmuebles, tradicionalmente se ha extendido la tesis de la posesión regular no inscrita, cuyos únicos elementos son el *corpus, animus, justo título y buena fe*. En este sentido, se trataría de la misma posesión regular de los muebles. En un fallo muy difundido, la Corte Suprema consideró que “no existe posesión inscrita en el derecho colombiano”. El alto tribunal aseguró que “la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios”.¹⁰ Recientemente se aseguró lo siguiente: “Siendo claro, entonces, que para hablar de posesión regular no se requiere que el justo título sea inscrito en la oficina de registro de instrumentos públicos, como lo entendió el juzgado, sino de la entrega efectiva de la posesión y que la misma provenga del *verus domino* [...]”.¹¹

Desde luego, esta tesis desafía directamente lo establecido por el legislador colombiano en las leyes 1182 y 1183 de 2008.

B) *La posesión inscrita*

De acuerdo con esta tesis, habría una importante diferencia entre la posesión regular de los muebles y la posesión regular de los inmuebles: el registro en esta última.

La tesis de la posesión inscrita está prevista en la normativa colombiana misma. Por ejemplo, el artículo 789 del Código Civil col. nos informa cuándo cesa la posesión inscrita; igualmente, en el artículo 7 del Decreto 1250 de 1970 se

⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencias del 27 de abril de 1955, G.J. t. lxxx, p. 97, y 11 de mayo de 1956, G.J. t. lxxxii, p. 484.

⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, expediente 2000-00050-01. M.P. Jaime A. Arrubla Páucar.

¹⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 27 de abril de 1955, G.J. t. lxxx, p. 97, y sentencia del 11 de mayo de 1956, G.J. t. lxxxii, p. 484. Véase GÓMEZ, J. *Bienes*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 376.

¹¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 16 de abril de 2008, expediente 2000-00050-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla P.

determina que vicisitudes como la tradición de la cosa ajena o tradición fallida, que dan lugar a la posesión regular (artículos 752 y 753 del Código Civil col.), se inscriben como falsas tradiciones.

En suma, por lo menos respecto de los expedientes contenidos en las leyes 1182 de 2008 (el proceso especial de usucapión que se ofrece a los poseedores de bienes inmuebles urbanos no superiores a media hectárea, y rurales no superiores a diez hectáreas) y 1183 de 2008 (las funciones que se ofrecen a los notarios para que declaren la posesión regular de predios urbanos de estratos 1 y 2),¹² el legislador exige título inscrito para la posesión regular de los inmuebles.

Para terminar, aunque se trata de una posición insular en la jurisprudencia colombiana, en algunos fallos también parece exigirse la posesión regular inscrita de inmuebles. A manera de ejemplo presentamos la siguiente providencia: “La anterior reseña sirve al propósito de demostrar que el poseedor regular, es decir quien ha recibido la posesión mediante un título, para ser tenido como tal, necesita además de dicha credencial (artículo 764 del Código Civil), que ésta haya sido registrada (artículos 764 y 765 del Código Civil). Dicho de otro modo, la prescripción ordinaria supone posesión regular (artículo 2528 del Código Civil), amparada en un justo título (artículo 764 del Código Civil) debidamente registrado (artículo 765 del Código Civil)”.¹³

3. Su novel lectura: la posesión como un fin

Al lado de la lectura tradicional, la posesión también ha sido vista como un fin en sí misma. Estas nuevas interpretaciones estiman que la posesión puede ser vista, *per se*, tanto como un derecho real como un derecho de garantía. Puntualmente, en Colombia la posesión ha sido calificada, en el ámbito jurisprudencial, como un derecho real provisional. Por su parte, en Perú, a nivel legislativo, se ha dotado a la posesión de importantes funciones de garantía. Finalmente, se hablará de su papel más controversial: la posesión vista como un delito.

A) Derecho real

La posesión puede oponerse a la titularidad del derecho real. Identificamos, pues, dos titulares de dos derechos reales diferentes: el poseedor del bien corporal,

¹² Los artículos 10-14 de la Ley 1183 de 2008, que permitían a los notarios declarar la usucapión, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia c-1142 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de agosto de 2006. M.P. Edgardo Villamil Portilla, expediente 25843-3103-001-2000-00081-01.

y su propietario. El poseedor, aunque no es el titular del derecho de dominio, ejerce de manera autónoma y soberana los poderes de la propiedad: uso, goce y disposición (*possessio ad imaginem dominii redacta est*). Así entendida, la posesión es definida por el Código Civil colombiano como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (artículo 762).

La jurisprudencia colombiana, particularmente la Corte Constitucional,¹⁴ ha considerado que la posesión es un derecho real particular: un derecho real provisional, por oposición a los derechos reales definitivos. Para este alto tribunal, la posesión se diferencia de la propiedad en que ésta tiene un carácter definitivo, mientras que aquélla, la posesión, “puede caer frente a la acción que se deriva de la propiedad”.¹⁵ En efecto, la Corte Constitucional consideró que la posesión es un derecho real provisional que, si bien se encuentra protegida por ciertas acciones reales, está sometida al azar de verse truncada por el ejercicio de la acción reivindicatoria del propietario del bien.

Un ilustre autor nos advierte de las diferencias que existen, en cuanto a temporalidad, entre posesión y dominio: la propiedad se puede concebir, en principio, como un derecho perpetuo que se transfiere a los causahabientes del dueño, mientras que la posesión es provisional porque “se pierde en presencia de un mejor derecho” o porque “está llamada a convertirse en propiedad por el paso del tiempo”.¹⁶

a. Contenido

La posesión se reconoce sobre bienes corporales: muebles o inmuebles. El poseedor tiene ciertos poderes jurídicos directos sobre este bien corporal. Puede servirse de la cosa —uso—, realizar sobre ella las transformaciones físicas que a bien tenga —disposición de la *sustancia*—. Incluso, el derecho de posesión es transferible y transmisible *inter vivos* y *mortis causa* —disposición jurídica—.

¹⁴ También la Corte Suprema de Justicia colombiana, en un fallo poco reiterado, determinó que la posesión “es un derecho provisional para el no propietario [...] por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 1939. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. t. XLVIII, p. 18.

En otro fallo se afirma que “la posesión es sólo una expectativa que, en cuanto tal, se encuentra sometida al gobierno de la incertidumbre”. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 22 de mayo de 1995, proceso 4571. M.P. Héctor Marín Naranjo, G.J., t. CCXXXIV, No. 2473, p. 734.

Un autor peruano nos regala una interesante denominación de la posesión: “derecho expectatio de propiedad”, calificación que nos evidencia que el poseedor ostenta una evidente expectativa de adquirir, con la usucapión, el dominio del bien poseído. Véase DE SOTO, HERNANDO. *El otro sendero. La revolución informal*, Oveja Negra, Bogotá, 1987, p. 24.

¹⁵ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, y sentencia T-078 del 26 de febrero de 1993. M.P. Jaime Sanín G.

¹⁶ RENGIFO GARDEAZÁBAL, MAURICIO. “Teoría de la posesión”, en *Revista de Derecho Privado. Propiedad, Posesión y Derechos Reales*, Universidad de los Andes, Bogotá, vol. 36, junio de 2006, p. 6.

Ahora, respecto de la apropiación de los frutos y productos emanados de la cosa poseída —poder de goce—, estimamos que la situación del poseedor se somete a las siguientes variables, según se trate de un poseedor que adquiere el dominio por usucapión o de un poseedor “perdedor” respecto del cual triunfa la reivindicación del propietario del bien.

En caso de usucapión del dominio sobre el bien poseído, el poseedor de mala o de buena fe puede adquirir todos los frutos y productos emanados de la cosa durante el término de la posesión. En este sentido, podría decirse que el poder de goce del poseedor es total.

Sin embargo, el contenido de este poder de goce del poseedor puede ser dramáticamente inferior. En caso de reivindicación, el poseedor de buena fe vencido puede hacer suyos los frutos percibidos hasta la notificación del auto admisorio de la demanda.¹⁷ En efecto, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, aquel poseedor que se consideraba de buena fe ha de reputarse poseedor de mala fe. Es decir,

[...] el tratamiento al poseedor de buena fe vencido en juicio, cambia fundamentalmente a partir de la notificación de la demanda. Esto se explica porque si el poseedor ha resistido a la demanda después de conocer los títulos y razones invocados por el reivindicador ya no podrá alegar que subsiste su honrada creencia de hallarse poseyendo como dueño, y aun cuando en realidad pudiera afirmar que tenía motivos serios para seguir considerándose como legítimo propietario durante el curso del juicio, los efectos declarativos de la sentencia que reconoce el derecho del actor y niega la oposición del reo, dejan sin base tal alegación, pues el fallo retrotrae la situación jurídica de las partes al momento de la demanda.¹⁸

El poseedor que es calificado como de mala fe vencido se encuentra obligado a restituir no solamente los frutos naturales y civiles percibidos, sino también todos aquellos que la cosa ha debido producir, con una mediana inteligencia y actividad, durante el tiempo en que la tuvo en su poder. Naturalmente, si los frutos fueron consumidos o se deterioraron, el poseedor está obligado a pagar su precio (artículos 964, 1613, 1614 y 2341, Código Civil col.).

El poseedor puede agregar a su propia posesión la posesión de su causante, cumpliendo los requisitos de ley (artículos 778 y 2521, Código Civil col.). La agregación de posesiones opera con la suma de calidades y vicios. Procede

¹⁷ Ahora, en el artículo 964 del Código Civil col. se habla de la contestación de la demanda; nosotros estimamos que el momento preciso en que se surte la relación jurídico-procesal es la notificación (artículo 313, Código de Procedimiento Civil col.).

¹⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia del 3 de junio de 1954, G.J., t. LXXVII, p. 758, citada en la sentencia del 19 de octubre de 1955. G.J., t. LXXXI, p. 45.

cuando entre el poseedor actual y el anterior existe un vínculo jurídico, una relación de causante-causahabiente a título universal o singular, entre vivos o por causa de muerte.

Por otro lado, consideramos que el poseedor también se encuentra obligado a realizar diversas prestaciones respecto de determinadas personas. Sirvan de ejemplo la obligación de pagar el impuesto predial unificado que grava su posesión sobre un inmueble del Distrito Capital (artículo 18 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá), la contribución de valorización respecto de inmuebles (Decreto 1333 de 1986 col.), la obligación de pagar los servicios públicos domiciliarios de los inmuebles (artículo 18 de la Ley 689 de 2001 col.) y la obligación de pagar el impuesto sobre vehículos automotores (artículos 142 de la Ley 488 de 1998 col. y 64 del Decreto 352 de 2002 de Bogotá).

b. Defensa

La normativa colombiana estatuye ciertas acciones en justicia con las cuales el poseedor puede defender su posesión.

En primer término nos referimos a las acciones posesorias, que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión, exclusivamente, de inmuebles (artículo 972, Código Civil col.). Por lo demás, están acciones prescriben de manera extintiva.

Dentro del género de acciones posesorias, especial importancia tienen las posesiones interrumpidas por el desplazamiento. Sobre el particular, se estatuye en la normativa que el poseedor interrumpido en el ejercicio de su derecho informará del hecho del desplazamiento a la Personería Municipal, Defensoría del Pueblo, Procuraduría Agraria, o a cualquier entidad del Ministerio Público, a fin de que se adelanten las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar (artículo 27 de la Ley 387 de 1997).

En segundo término, el poseedor regular desposeído puede servirse de la acción reivindicatoria para recuperar su derecho de posesión sobre la cosa mueble o inmueble (artículo 951, Código Civil col.). Como se sabe, los derechos reales ofrecen a su titular el poder de persecución, en virtud del cual puede servirse de la acción reivindicatoria a fin de recuperar el bien para ejercer su derecho real sobre él, demandando a quien lo tenga en posesión (*jus persequendi in judicio*). Con la acción reivindicatoria se persigue la cosa (*rei vindicatio*) sobre la cual se ejerce el derecho real. Se trata de la principal acción consagrada para la defensa de los derechos reales (artículos 946-971, Código Civil col.).

La acción reivindicatoria tiene por objeto reclamar la cosa que no tiene en su poder el titular del derecho real. En realidad, antes que la cosa misma, como tradicionalmente se afirma, quien reivindica pretende reclamar el ejercicio del respectivo derecho real que se concentra sobre el bien. Así, por ejemplo, el propietario pleno que ha perdido la posesión de la cosa se sirve de la acción reivindicatoria para demandar el ejercicio de los poderes o facultades que sobre el bien le corresponden en virtud de su derecho de dominio. Con ella se propone, pues, un contencioso contra el poseedor del bien.

La reivindicación exige para su feliz término la prueba de titularidad del derecho real por parte del demandante. Incluso, la reivindicación también se ofrece al poseedor regular, titular del derecho real provisional de posesión (acción *publiciana*, artículo 951 del Código Civil col.). La acción reivindicatoria es una acción extracontractual, protectora de un derecho real sobre un bien, mueble o inmueble, no prescriptible en forma extintiva.

b) Derecho de garantía

Una de las dificultades que debe enfrentar todo poseedor es la imposibilidad de acceder al sistema financiero con miras a la obtención de un crédito, y esto no sólo porque se considere a la posesión inidónea para asegurar el cumplimiento de obligaciones, sino porque el sistema tiende a edificarse a partir de garantías basadas exclusivamente en la propiedad;¹⁹ de suerte que este derecho real viene a conciliar el interés de la entidad financiera, en cuanto al aseguramiento del crédito concedido, y del deudor, quien a partir del ejercicio de tal derecho tendrá vía libre para el ingreso al aparato crediticio.

No obstante, en la experiencia legislativa peruana es posible encontrar un mecanismo de garantía que, prescindiendo de la propiedad, permite acercar a pobladores de bajos recursos económicos a los beneficios del crédito. Ésta es la denominada *hipoteca popular*, cuya consolidación normativa fue resultado, entre otras razones, de un movimiento migratorio sostenido de la sierra a la costa; la invasión de terrenos públicos y privados por parte de los migrantes en pos de asegurarse un techo dónde habitar; el crecimiento, en principio desordenado y sin planificación alguna, de “asentamientos humanos” o “pueblos jóvenes” en las afueras de la ciudad, y, más tarde, por el ánimo de conducir a la legalidad a un sector poblacional signado por la informalidad, que le permitiera gozar de

¹⁹ Al respecto, FRANCO REGIO, ERIC. “La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú”, en *Ius et Veritas*, Lima, año xv, No. 30, p. 123.

los beneficios de aquélla con el fin de mejorar su calidad de vida a partir de un desarrollo económico sostenido.

a. De la marginalidad a la hipoteca popular: breve recuento del camino recorrido

Marginalidad e *hipoteca popular*, aunque cuestiones —social y jurídica— a simple vista disímiles, pueden considerarse caras de una misma moneda y parte importante de la historia de este país andino, que en las siguientes líneas intentaremos mostrar.²⁰

La segunda mitad del siglo xx enfrentó al Perú con una realidad hasta entonces desconocida. Miles de pobladores provenientes en su mayoría de la serranía, lograron asentarse con el uso de la fuerza en espacios públicos y privados con el fin de hacerse de un terreno que les posibilitara el inicio de una nueva vida, con oportunidades que su realidad actual les negaba por completo.

Tales invasiones trajeron como consecuencia el crecimiento desmedido de las ciudades, la importación de nuevas formas de vida y costumbres, la necesidad de los pobladores de salir en búsqueda de puestos de trabajo y dinero que les sirvieran para mejorar, aunque lentamente, sus precarias viviendas.

Con nombres tomados de personajes de la nación, rutas de transporte ampliadas a las nuevas zonas de la ciudad, el incremento del comercio ambulatorio, la lotización y subsiguiente construcción de viviendas, estas invasiones empiezan a reclamar atención por parte de la autoridad gubernamental en pos de reconocimiento legal y una apertura hacia mejores condiciones de vida.

El punto de partida fue la dación de la Ley peruana 13517, por medio de la cual se reconocieron los asentamientos existentes al tiempo de su promulgación, concediéndoles a sus habitantes la posibilidad de formalizar sus posesiones y su adecuación a las políticas de desarrollo urbano.

El Decreto Ley peruano 22612, expedido durante el gobierno militar, convirtió los asentamientos humanos en auténticos barrios, como paso previo a su transformación en distritos y a la mejora paulatina de su categoría urbanística. Así pues, cuando ya no quedaba duda de que la nueva situación generada a partir de la migración y las invasiones era definitiva, los pobladores inician el mejoramiento de sus viviendas, ahora con material noble; empiezan a conectarse

²⁰ Un desarrollo más amplio de este punto puede encontrarse en ARIAS-SCHREIBER PEZET, MAX *et al.* *Exégesis del Código Civil de 1984. Los derechos reales de garantía*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1995, t. vi, pp. 217 y ss., y sobre el movimiento migratorio y sus consecuencias, el libro de HERNANDO DE SOTO atrás referenciado.

con la gran ciudad por medio de la ampliación de las rutas del transporte y, lo más relevante, asumen que el “derecho expectatio de propiedad” —en palabras de DE SOTO—, que es su posesión, los acercará a uno completo y definitivo.

Pero el trayecto que habrá de recorrerse hasta la adquisición plena del *dominio* es todavía largo; mientras tanto, los pobladores de estos asentamientos humanos, cada vez con más necesidades y urgencias, requerirán de otras fuentes de ingresos para satisfacer los requerimientos que su reciente y expectante situación exigen. Sin embargo, la única riqueza que poseen es el suelo y la modesta vivienda que los alberga, lo cual ataja cualquier posibilidad de entrada al ámbito financiero, habida cuenta de las prescripciones del Código Civil que toman al propietario como sujeto capaz de aspirar al crédito a partir de la entrega de una sólida garantía.

Dicha tesitura forzó el dictado de la Ley peruana 24513 de 1986, que declaró de *necesidad y utilidad públicas e interés social* el saneamiento físico-legal y lotización de los asentamientos humanos como requisitos de la entrega de títulos individuales de propiedad para las familias ocupantes de los predios.

Todo este movimiento legislativo, orientado a dotar a dichos pobladores de un marco de legalidad, encontró uno de sus puntos máximos en el Decreto Legislativo 495, por el cual se creó el Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, Hipoteca Popular y Seguro de Crédito, cuyo propósito último se orientaba a “[...] otorgar seguridad legal a la posesión urbana, así como establecer el sistema de garantía necesaria para la obtención del citado crédito, y el acceso al crédito de los informales en general, con el respaldo de garantías reales”. En otras palabras, la norma democratizaba el crédito, colocándolo al alcance de más ciudadanos, con la sola garantía de la posesión de sus lotes de terreno.

La *hipoteca popular* tenía como presupuesto la creación de un Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía registral, técnica, administrativa y económica (artículo 1). Su finalidad era la inscripción (artículo 8) de: *a)* el derecho de posesión de lotes de terreno y propiedad de la edificación sobre los mismos; *b)* el derecho de posesión de lotes no construidos; *c)* el derecho de propiedad de lotes y, en su caso, la propiedad de la fábrica que se hubiere construido en ellos; *d)* los derechos de propiedad de los titulares que se encontrasen inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble; *e)* el contrato de mandato para la ejecución extrajudicial de la hipoteca; *f)* los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan los derechos que son objeto de la inscripción, y *g)* las resoluciones judiciales o administrativas relativas a los derechos inscritos.

De esa forma, con la existencia de un Registro especial para la inscripción de la posesión ejercida en lotes conformantes de pueblos jóvenes y urbanizaciones populares, se abría el expediente para ofrecer —ahora sin mayores inconvenientes— una garantía idónea que sirviera de respaldo a las obligaciones que en un futuro podrían contraerse con el sistema financiero del país.

b. Estructura legal de la hipoteca popular

Ubicada entre los artículos 26 a 29 del título II del Decreto Legislativo peruano 495, la *hipoteca popular* pasó a convertirse, por expresa disposición legislativa, en garantía suficiente para la solicitud de créditos dirigidos a la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en pueblos jóvenes, e inversión en actividades productivas (artículo 26 per.).

A diferencia de la hipoteca regulada por el Código Civil peruano, que recae exclusivamente sobre inmuebles de propiedad del deudor (artículo 1099, inciso 1, per.), la *hipoteca popular* toma como objeto de afectación a la posesión. En efecto, según el artículo 27, pueden hipotecarse: *a)* la posesión de lotes y la propiedad de las edificaciones construidas sobre ellos, inscritos en el Registro, o *b)* la posesión de lotes cuyo derecho se encuentre registrado en aquél, considerándose un todo inseparable tanto la posesión de lotes como las construcciones levantadas sobre ellos, mientras se mantenga inscrita la hipoteca.

El vehículo para constituir la es un contrato privado, contenido en el formulario registral respectivo. En cuanto a los requisitos para su constitución, bien pueden separarse las exigencias, ya se trate del objeto de la hipoteca o de la obligación que se pretende garantizar. En cuanto a las primeras, que afecte el bien quien aparece en el Registro, ya sea el poseedor del lote y propietario de la construcción, o simplemente el poseedor del lote; y además que recaiga sobre la posesión del lote y la propiedad de la edificación, o sólo sobre la posesión del lote, según la inscripción correspondiente (artículo 28, incisos *i* y *ii*, per.). Tratándose de las segundas, el legislador repite los requerimientos contenidos en el Código Civil peruano (artículo 1099, incisos 2 y 3) para la hipoteca allí regulada, con la única variante de no hacer mención al Registro de la Propiedad Inmueble. Así, la *hipoteca popular* debe asegurar el cumplimiento de la obligación determinada o determinable (artículo 28, inciso *iii*, per.), exigiéndose además que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se proceda a la inscripción respectiva (artículo 28, inciso *iv*, per.).

c. La hipoteca popular ante el supuesto de incumplimiento de la obligación

Los mecanismos puestos a disposición del acreedor ante el incumplimiento del deudor son la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca.

En el primer caso se exigía que, en el documento constitutivo de la garantía y mediando acuerdo con el acreedor hipotecario, el deudor otorgue poder especial e irrevocable a un mandatario para que éste proceda a la venta del bien. La designación podía recaer indistintamente en un banco, notario público, alcalde, una organización de pobladores o cualquier persona natural o jurídica que goce de la confianza de las partes involucradas. El acreedor estaba imposibilitado para ejercer el encargo, habida cuenta de los abusos que podrían cometerse de tener esta doble calidad.

La ejecución en sede judicial procedía cuando, transcurridos treinta días desde la notificación del incumplimiento por conducto notarial —al deudor y mandatario— y no habiéndose procedido a la venta del bien hipotecado, el acreedor tenía expedito el derecho para ejecutar judicialmente el bien, de acuerdo con las reglas contenidas en la norma (artículos 38 y siguientes, per.).

De esta forma, el acreedor no se encontraba supeditado a una vía única —la judicial— para lograr la satisfacción del crédito impago, a partir de procedimientos lentos y engorrosos, sino que ahora se le permitía un camino más expedito para lograr su satisfacción.

La cuestión adquirió mayor relevancia, puesto que la historia legislativa del país nos mostraba procedimientos distintos en materia de ejecución de garantías, no encontrándose razones de peso que justificaran, por ejemplo, que la prenda se ejecutara extrajudicialmente, reservándose para el acreedor hipotecario sólo el procedimiento judicial. Es decir, la diferencia de trato era tal dependiendo del tipo de garantía que se pretendiese ejecutar.

Esta ineficiencia ha sido resaltada al señalarse que

44

[...] se ha demostrado que los procesos de ejecución de garantías son largos y se prestan al manejo dilatorio por parte de los demandados. Así, se ha convertido en una práctica usual el empleo de recursos sin fundamento que sólo alargan el proceso hasta donde ello sea posible. El propio sistema civil y las prácticas judiciales, entre ellas la del respeto al debido proceso, sirven para extender innecesariamente la ejecución y el cobro efectivo de las deudas.²¹

²¹ GARCÍA GARCÍA, LUIS. "Comentario al artículo 1111 del Código Civil", *Código Civil comentado por los cien mejores especialistas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, t. v, p. 1022. Respecto a la posibilidad de la acción extrajudicial puede consultarse en el mismo libro y tomo: AVENDAÑO VALDEZ, JORGE. "Comentario al artículo 1097 del Código Civil", p. 940.

Si, como escribe un autor peruano, la garantía “cumple su función si logra que el acreedor quede tan satisfecho como si se hubiera producido el cumplimiento normal de la obligación”, convirtiéndola prácticamente —en términos económicos— en una “forma de pago”,²² quedaba claro que la sola ejecución judicial no alcanzaba al cumplimiento de este propósito, por lo cual la ejecución extrajudicial constituía un paso adelante en materia de garantías, aunque tal cuestión, en el terreno de la hipoteca ordinaria, no se presente de manera diáfana.

d. La situación presente

Años después de su entrada en vigencia, la *hipoteca popular* peruana fue expresamente derogada por el apartado octavo de las disposiciones complementarias, transitorias y finales de la Ley 27046, de 1998, de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

A pesar de aquel estado de cosas, no han faltado voces en la academia peruana²³ que, vía propuestas legislativas, sugirieron en su oportunidad la modificación del libro V (Derechos reales) del Código Civil para permitir la incorporación de la hipoteca posesoria, a fin de legitimar una situación de hecho bastante extendida en el país, aunque hoy en día atenuada por mecanismos tendentes a la formalización de la propiedad.

c) Hecho ilícito

La posesión también puede ser considerada como un verdadero hecho ilícito.

En primer lugar, en el ámbito civil, frente al feliz término de la acción reivindicatoria interpuesta por el propietario, el poseedor es condenado a restituir la cosa al propietario, indemnizar los deterioros sufridos por el bien y restituir los frutos.

Asimismo, la denominada posesión violenta es calificada por el legislador penal como un delito contra el patrimonio económico. Más exactamente hablamos del hurto de muebles o de la usurpación de tierras (artículos 239 y 261, Código Penal col.). A manera de ejemplo piénsese en lo siguiente: un poseedor violento

²² MEJORADA CHAUCA, MARTÍN. “La ejecución de las garantías reales: el momento de la verdad”, en *Derecho & Sociedad*, Revista Editada por Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, No. 20, texto tomado del blog del mismo nombre, consultado el 4 de julio de 2010.

²³ Es el caso de MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET, quien dentro del esbozo de un nuevo libro sobre derechos reales propuso, en el capítulo VIII, la disciplina normativa de la hipoteca posesoria (*op. cit.*, p. 338). GUEVARA PEZO, VÍCTOR. “Derechos reales: propuestas de enmienda”, *Diez años del Código Civil peruano, balance y perspectivas*, Gaceta Jurídica-Universidad de Lima, Lima, 1995, t. I, p. 400.

—reconocido por la jurisprudencia colombiana como verdadero poseedor— puede ganar por usucapión extraordinaria el dominio del bien.

No obstante, este nuevo propietario podría enfrentarse a acciones penales no prescritas. En efecto, la acción penal del hurto calificado y agravado podría tener un término de prescripción de hasta veinte años, diez años más que el término de usucapión extraordinaria (artículos 83 y 239 a 241 del Código Penal col. mod., y 37 y 51 de la Ley 1142 de 2007 col.).

Sobre el particular, la normativa mexicana nos ofrece una precisión importante: “La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe” (artículo 1155, Código Civil).

4. A manera de conclusión

En una primera parte del trabajo se expuso el papel ortodoxo de la posesión: se reconoce como un medio que conduce a la usucapión. Se trata, pues, de la tesis decimonónica inspirada ampliamente en el Código de Napoleón de 1804, y recogida por gran parte de las codificaciones latinoamericanas; concepción clásica, subjetiva, de la posesión, muy próxima a la presentada por SAVIGNY.²⁴ En este orden de ideas, la posesión se nos presenta como un elemento *sine qua non* del modo conocido como *usucapión*. Hablamos de la posesión separada y enfrentada a la titularidad del derecho real.

Así las cosas, se le niega al poseedor toda titularidad real. En estos términos, la defensa de su posesión es muy limitada. Asimismo, las ventajas patrimoniales que ofrece la titularidad de un derecho real, como el fácil acceso a un crédito, se desconocen por completo: los poseedores no pueden servirse de su posesión para acceder al sistema bancario. Por lo demás, la posesión se presenta como un vehículo nada expedito que conduce a la usucapión una vez cumplido un extenso término. En Colombia, por ejemplo, diez años de posesión irregular sobre un inmueble llevan a la usucapión extraordinaria (artículo 2532, Código Civil mod., Ley 791 de 2002, artículo 6 col.) y cinco años de posesión regular sobre un inmueble conducen a la usucapión ordinaria (artículo 2529, Código Civil mod., Ley 791 de 2002, artículo 4 col.).²⁵

²⁴ Véase SAVIGNY. *op. cit.*

²⁵ Incluso se afirma —en jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano— que “si bien el derecho de posesión es una derivación extensiva del derecho de propiedad, sólo este último y no el primero, es materia de protección de la acción de amparo”. Perú. Expediente No. 198-96-AA/TC. “Jurisprudencia, preguntas Et respuestas jurisprudenciales”, en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 4.

Por otro lado, la posesión es reconocida como un verdadero “derecho real provisional” del poseedor no propietario.²⁶ Por ejemplo, la normativa peruana ubica a la posesión dentro del grupo de los derechos reales principales (título I, artículos 896 y siguientes, Código Civil), considerándola como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad;²⁷ incluso, como si se tratase de derechos de propiedad o usufructo, se permite gravarla por medio de la figura legal de la *hipoteca popular*, garantía que puede ser ofrecida por los poseedores de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes. Desde luego, este mecanismo tiene una función social importantísima, ya que acerca las bondades del crédito a sectores de la población deprimidos económicamente, aunque las políticas actuales en materia de formalización de la propiedad muestren un panorama totalmente diferente al existente en tiempos de su vigencia.²⁸

Recuérdese, como lo ha expresado la Corte Constitucional colombiana, que

[...] la falta de titularidad del dominio sobre bienes inmuebles por parte de personas de bajos ingresos dificulta el acceso al crédito, debido a que la propiedad inmueble es la garantía usualmente exigida por el sistema financiero para respaldar las obligaciones crediticias de las personas con bajos ingresos. Así, las personas que más necesitarían acceder a créditos a bajas tasas de interés por sus condiciones de necesidad y sus restricciones de ingresos no pueden hacerlo dentro del sistema formal, por lo cual deberán acudir al sistema informal, el cual es mucho más costoso e implica mayores riesgos.²⁹

Finalmente, siempre controversial, como si se tratara de la obra de STEVENSON: *El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde*, la posesión también ofrece un lado oscuro: se reconoce como un delito o hecho ilícito, cuyas consecuencias, incluso, desbordan el plano estrictamente civil. ■

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón, y T-078 del 26 de febrero de 1993, M.P. Jaime Sanín G. En la doctrina véase ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. *Tratado de derecho civil*, t. III: *Derecho de cosas*, Bosch, Barcelona, pp. 16 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA. *Comentarios al Código Civil español*, Reus, t. IV, pp. 20 y ss.; MESSINEO, FRANCESCO. *Manual de derecho civil y comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. III, pp. 206 y ss.; DURANTON, ALEXANDER. *Cours de droit français suivant le Code Civil*, Alex-Gobelet Libraire, t. 4, p. 195, y MOLITOR, JEAN. cit. por CURA GRASSI, DOMINGO. *Derechos reales. Posesión*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 46.

²⁷ La Corte Suprema de Justicia peruana, en reiterada jurisprudencia, ha mantenido una línea similar. Entre otras, la Cas. No. 3584-2000-Lima, según la cual la posesión “[...] importa un poder jurídicamente reconocido y protegido por la ley, que al objetivizarse en una situación de hecho, permite la realización de una o más facultades inherentes al derecho de propiedad”; y Cas. No. 282-96, que la considera “[...] el ejercicio de hecho de uno o más de los atributos de la propiedad; por lo mismo, la posesión que ha sido reconocida judicial o contractualmente, pero que no existe fácticamente, no es posesión”. Perú, “Jurisprudencia, preguntas y respuestas jurisprudenciales”, en *Gaceta Jurídica*, año 2, No. 17, 2004, p. 3.

²⁸ Véase BULLARD G., ALFREDO. “Esquizofrenia jurídica”, *Derecho y economía*, 2a. ed., Palestra Editores, Lima, 2006, p. 80.

²⁹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-078 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Las instituciones fundamentales del derecho civil en el siglo XXI. Una visión contemporánea*

*Fundamental institutions of civil law
in the 21st century. A contemporary vision*

Lucerito Ludmila Flores Salgado**

RESUMEN

Los cambios que la humanidad ha tenido en estos últimos años nos muestran un mundo totalmente necesitado de regulaciones debido a los cambios sociales que como resultado de la globalización se han dado. Ante la llamada tercera revolución técnico-científica, necesitamos analizar las instituciones fundamentales del derecho civil, las cuales están siendo impactadas por los avances científicos, la globalización y la apertura mundial.

PALABRAS CLAVE: *Instituciones civiles, derechos humanos, derecho y tecnología.*

ABSTRACT

Changes that humanity has had in recent years, show a world so in need of regulations, due to social changes as a result of globalization. In the face of the so-called the third scientific and technical revolution, we need to look at fundamental institutions of civil law, which are impacted by scientific developments, globalization and global opening.

KEY WORDS: *Civil institutions, human rights, law and technology.*

* Recibido: 11 de enero de 2012. Aprobado: 6 de febrero de 2012.

** Profesora-investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la BUAP, México. (lucerito_flores@hotmail.com).

Sumario

1. Concepto de institución e instituciones civiles
2. La persona como institución fundamental del derecho civil y su papel en el siglo XXI
3. Los retos jurídicos de la familia ante los avances técnico-científicos del presente siglo
4. La institución de los bienes en el presente siglo
5. El testamento vital, un nuevo paradigma para las sucesiones
6. La visión actual de los contratos
7. Conclusiones

1. Concepto de institución e instituciones civiles

Según el *Diccionario jurídico mexicano*, institución proviene del vocablo latino *institutionis*; *Institutio* deriva de *instituo*, que significa “poner, establecer, regular, organizar o bien instituir, enseñar o educar”. En Roma, se entiende por instituciones los principios o fundamentos de la disciplina jurídica; los romanos llamaban instituciones a los libros que señalaban los fundamentos del derecho.

Posteriormente, tenemos que se ha utilizado el término de instituciones en la teoría del derecho y de la sociología jurídica como el conjunto de reglas, normas, valores y costumbres que rigen un determinado comportamiento social. Y que las normas jurídicas reúnen.¹

En el derecho civil encontramos que las instituciones fundamentales son las personas, matrimonio, adopción, parentesco, bienes, sucesiones, obligaciones y contratos, las cuales están sufriendo cambios importantes ante el advenimiento de la tecnología, ya que la revolución tecnológica es liberadora del intelecto, pues hoy el manejo de la información por medios automatizados marca a las sociedades como “sociedades de la información”, mismas que “implican el uso masivo de tecnologías de la información y comunicación para difundir el conocimiento e intercambio en una sociedad”.²

Dichas instituciones se encuentran bajo el marco jurídico del derecho civil, que regula las relaciones entre los particulares, y, no obstante de ser un derecho privatista, se encuentra bajo el orden público, considerado éste como el:

Estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador. Se debe considerar que todas las leyes son de orden público, ya que todas ellas

¹ TAMAYO Y SALMORÁN, ROLANDO. *Diccionario jurídico mexicano*, 6a. ed., Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1993, pp. 1745-1747.

² TÉLLEZ VALDÉS, JULIO. *Derecho informático*, 2a. ed., McGraw-Hill, México, 1996, p. 6.

tienen como fin principal el mantenimiento de la paz con justicia, que persigue el derecho. El orden público se perturba cuando el derecho no es respetado.³

En este sentir, el artículo 6 del Código Civil Federal establece que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero, y por lo tanto será ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830 CCF).

2. La persona como institución fundamental del derecho civil y su papel en el siglo XXI

El concepto de persona, desde el punto de vista jurídico, se concibe como todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones; con ello se alude tanto a los humanos (seres) como a las personas morales (entes). Ambos son sujetos de derechos y obligaciones.⁴ La personalidad de la persona física se compone por sus atributos, que son un conjunto de caracteres inherentes a ella, y cuya razón de ser es precisamente alcanzar con ellos la realidad, funcionalidad y eficacia jurídicas de la personalidad de los sujetos.

La aplicación actual respecto del tema de la personalidad es importante, ya que hay que mencionar que se ha adelantado en materia registral, pues en la Ley General de Población, artículo 91, se establece que al incorporar a una persona al Registro Nacional de Población se le asignará una clave que se denominará Clave Única de Registro de Población, la cual servirá para registrarla e identificarla en forma individual. La CURP es un instrumento de registro que se asigna a todas las personas que viven en el territorio nacional, así como a los mexicanos que residen en el extranjero, y es el Registro Nacional de Población la instancia responsable de asignarla y de expedir la constancia respectiva. Asimismo, el artículo 98 establece que los ciudadanos mexicanos tienen la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos y obtener su Cédula de Identidad Ciudadana, que es el documento oficial de identificación, que hace prueba plena sobre los datos de identidad que contiene en relación con su titular, y tendrá valor como medio de identificación personal ante todas las autoridades mexicanas, ya sea en el país o en el extranjero, y las personas físicas y morales con domicilio en el país,

³ DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL. *Diccionario de derecho*, 32a. ed., Porrúa, México, 2003, p. 391.

⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, JORGE ALFREDO. *Derecho civil. Parte general personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 11a. ed., Porrúa, México, 2008, p. 131.

y ésta contendrá, cuando menos, los siguientes datos y elementos de identificación: apellido paterno, apellido materno y nombre(s); Clave Única de Registro de Población; fotografía del titular; lugar de nacimiento; fecha de nacimiento, firma y huella dactilar.

También existe en nuestro país la Cédula de Identidad Personal para el Registro de Menores de Edad, establecida por el Reglamento de la Ley General de Población en el artículo 52, que es una identificación oficial para mexicanos menores de 18 años, reconocida en todo el territorio nacional y por las autoridades mexicanas en el extranjero. Con este documento se acredita la identidad del menor de edad, ya que contiene elementos únicos de cada persona, tales como: los datos comprobados del acta de nacimiento, incluyendo el nombre de los padres, Clave Única de Registro de Población (CURP), fotografía, registro del iris del ojo, en imagen codificada (inciso reformado, *DOF* del 19 de enero de 2011).⁵ Dicha Cédula de Identidad Personal podrá ser solicitada por los padres o tutores del menor. Cuando éste haya cumplido los catorce años podrá solicitarla personalmente (artículo 55 RLGP).

Es importante analizar lo anterior debido a que al hablar de guardar la imagen codificada del iris de los menores de edad nos estamos dando cuenta del impacto que la tecnología tiene en lo que respecta a la persona, y como una proyección de esta elaboración de bases de datos tendremos en poco tiempo la propuesta del establecimiento de un Registro Único en el país, en línea con el Registro Civil de cada estado, para así tener mayor certeza, eficacia y rapidez en los trámites.

Ahora bien, los atributos de la personalidad son la capacidad, el estado civil, el patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad; la participación de todos ellos en la personalidad de un ser humano es constante e invariable, y precisamente su conjunto da la plenitud que se observa en dicha personalidad. Respecto de la capacidad tenemos que existe la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, y es esta última la que permite a las personas realizar actos jurídicos como contratar y ser objeto de obligaciones. Hoy nos enfrentamos a que con el uso de la computadora, los menores entran al espacio cibernético⁶ por medio de las redes sociales e introducen sus datos, o compran o venden artículos, sin que muchos de ellos cuenten con la capacidad jurídica para celebrar dichos actos de comercio.

En cuanto al nombre se refiere, considerando que es el “signo que distingue a una persona de las demás en sus relaciones jurídicas y sociales”,⁷ el nombre

⁵ ¿Qué es la cédula de identidad personal (registro de menores de edad)?, en <http://www.renapo.gob.mx/swb/swb/RENAPO/cedi>.

⁶ El ciberespacio, término utilizado hoy en día para hablar del espacio físicamente intangible donde existe internet.

⁷ DE PINA, RAFAEL y DE PINA VARA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 382.

de una persona moral, denominado la razón social de la empresa, hoy podemos analizar los litigios sobre los llamados “nombres de dominio”, que al igual que el nombre de las personas físicas no puede ser usado por otra persona, ya que las empresas que pretenden tener una actividad comercial por internet necesitan tener un nombre de dominio y registrarlo ante un registrador, que es una empresa que vende nombres de dominios en Internet, misma que tiene la acreditación del ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), que es la corporación de Internet para la asignación de nombres y números.⁸

Otro de los atributos de la personalidad que tiene un impacto actual es el domicilio, considerado éste como el lugar donde fija una persona su morada, que se caracteriza por la permanencia y que se establece para cumplir deberes y obligaciones, y ejercer derechos. Se considera al domicilio al lugar habitual de las personas o el principal establecimiento de sus actividades. Es importante el domicilio en materia jurídica, ya que cuando existe un litigio se tiene que notificar a la contraparte que hay un litigio en su contra para que ejerza sus derechos de ser oído y vencido en juicio. Dicha notificación se realiza en el domicilio de la persona. Hoy tenemos que, al igual que otros países del mundo, ya se pueden realizar las notificaciones mediante correo electrónico, conocido también como e-mail, por lo que hoy estamos hablando de direcciones electrónicas, mismas que son una serie de palabras que cada persona forma en la red para identificarse dentro de la misma con la finalidad de enviar y recibir mensajes.

Con el advenimiento de las redes sociales, la imagen⁹ y la intimidad de las personas se encuentran vulnerables, derechos protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Debemos considerar a la red social como un conjunto de usuarios relacionados mediante una plataforma común, mediante la cual mantienen relaciones de forma virtual, que desencadenan relaciones en el mundo físico,¹⁰ y que los usuarios intercambian información de su vida privada e incluso fotografías, por lo que las redes sociales hacen uso de la información, dado que el usuario consintió en que lo hiciera al “aceptar” el contrato de adhesión que le proporcionaron para poder entrar a la red social. El problema es la inseguridad que existe con la información y las imágenes, ya que existen redes pedófilas o de la delincuencia organizada que cometen sus delitos con base en la información que los mismos usuarios suministran.

⁸ Véase <http://www.icann.org/es/about/participate/what>.

⁹ Imagen: fisonomía que tiene una persona, como individuo, único e irrepetible. BORGHELLO, CRISTIAN. "Imagen e intimidad, ¿derechos vulnerados?", en *cxo, Community srl*, Revista bimestral, Argentina, año 4, No. 14, 2011, p. 26.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 26-28.

3. Los retos jurídicos de la familia ante los avances técnico-científicos del presente siglo

Se ha conceptualizado a la familia como:

[...] las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio o el concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a las que la ley reconoce ciertos efectos: deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros, hasta cierto límite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia.¹¹

Hoy lo nuevo de estas “maniobras” es haber disociado del proceso procreativo el acto sexual de la pareja, es decir, se separó la reproducción y la sexualidad, ahora se prescinde del cuerpo femenino para fecundar células germinales, y con ello solucionar los problemas de esterilidad de las parejas, evitar enfermedades transmisibles por herencia, preservar la descendencia de una persona, aún y cuando ésta hubiere fallecido, resolver los problemas de transmisión de enfermedades y defectos físicos, la recomposición genética de embriones en busca de nuevos genotipos no ensayados por la naturaleza y su posterior implantación en el útero materno o útero ajeno, para su gestación, así como la reproducción asexual, denominada clonación.

Los pilares de las técnicas de reproducción asistida son la inseminación artificial heteróloga, donación de óvulos, fecundación *in vitro*: transferencia de embriones producidos en el laboratorio. La maternidad por sustitución, subrogada o de alquiler, consistente en el “alquiler” del útero para la gestación del menor, con acuerdo de la prestadora, y que en ella se pueda reunir la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación *in vitro*. El reto es que el derecho pueda ir a la par con los avances médico-tecnológicos y regular específicamente las situaciones jurídicas derivadas de todas estas prácticas en materia de biogenética y técnicas de reproducción asistida. Se propone regular respecto a producir seres humanos genéticamente idénticos, la investigación dirigida a la producción de individuos humanos por manipulación de genes o partes de genes diferentes, antes de su implantación en el útero, la producción de individuos humanos vivientes que son híbridos, con un material genético que incorpora genes de otras

¹¹ BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA. *Derecho de familia*, 2a. ed., Oxford University Press, Colección de Textos Jurídicos, México, 2009, p. 5.

especies y la manipulación de los óvulos fecundados y su trasplante a un útero ajeno al de la madre donante.¹²

Por lo tanto, respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida tenemos que el parentesco, considerado como un vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco de consanguinidad), entre el marido y los parientes de la mujer y entre a mujer y los del marido (parentesco de afinidad) y entre el adoptante y el adoptado,¹³ se encuentra alterado y tenemos la necesidad de modificar nuestro Código Civil del Estado de Puebla para regular estas técnicas.

Respecto de la institución del matrimonio, considerándolo como:

Unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida,¹⁴ en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.¹⁵

Hoy tenemos que los homosexuales, mediante el ejercicio de sus derechos, solicitan que se les permita unirse civilmente, por lo que hablamos de uniones civiles entre personas del mismo sexo.

En 2009 se presentó una propuesta de reforma al Código Civil para el Distrito Federal con el fin de modificar el contenido del artículo 146 y demás relacionados con la celebración del matrimonio, cambiando el lenguaje femenino y masculino por un lenguaje neutro, y así permitir las uniones en matrimonio de personas del mismo sexo.¹⁶ Actualmente el Código Civil para el Distrito Federal establece, en el artículo 146, que el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el Código Civil para el Distrito Federal.

Con la permisón que hace de legitimar dichas relaciones, surge ahora su derecho de solicitar la inseminación artificial o la fecundación *in vitro* para tener hijos, pues en un principio siempre han clamado por “su derecho al hijo”, y por lo tanto solicitaban la adopción, pero como ésta siempre se les ha negado, ahora ven en las técnicas de reproducción asistida una solución a su problema;

¹² BUNSTER, ÁLVARO. “Biotecnología y derecho”, *Revolución tecnológica, Estado y derecho*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p. 145.

¹³ DE PINA, RAFAEL Y DE PINA VARA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 395.

¹⁴ *Ibidem*, p. 368.

¹⁵ BAQUEIRO ROJAS, EDGARD Y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA. *op. cit.*, p. 49.

¹⁶ *Enkidu Magazine* –Proyecto de reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal–, Matrimonio de personas del mismo sexo, http://www.enkidumagazine.com/art/2008/101208/a_1012_005_a_propuesta_reforma_matrimonio_mismo_sexo_art_14_6_codigo_civil_df.htm.

siguen basando su petición en la idea de que ser homosexual no significa estar incapacitado para educar, sin embargo, se tendrá que regular este aspecto ya que el Informe Warnock¹⁷ establece que el acceso a estas técnicas es posible únicamente para la pareja heterosexual o cuando ésta padece de infertilidad.

Ahora enfrentamos la llamada transexualidad, que es cuando la persona, ya sea varón o mujer, está inconforme con su sexo biológico, es decir, cambia su apariencia para aparentar al otro género, utiliza recursos como la operación llamada “cirugía de reconstrucción genital”, que puede incluir en ocasiones una cirugía de reconstrucción de genitales. Esta nueva tendencia ha causado diversos problemas para las personas que viven bajo estas condiciones, ya que al recurrir a las operaciones antes mencionadas, comienzan a vivir roles de género que no les corresponden, y tienen dificultades con sus identificaciones, ya que en general tienen la contraria a la que viven diariamente. En España, la Ley 3/2007, del 15 de marzo, se encarga de regular la certificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.¹⁸

Después de analizar lo referente al matrimonio tenemos que analizar si podrá existir el concubinato dentro de las relaciones homosexuales y transexuales, y tener que modificar lo referente a este aspecto, pues debemos recordar que el concubinato es “la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, libres de matrimonio y sin impedimentos legales para contraerlo, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, por dos años o más, de forma constante y permanente”.¹⁹

Considerando al divorcio, como “la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad; es decir, consiste en el acto de separar legalmente, por medio de un juez competente, a personas unidas en matrimonio legítimo”,²⁰ en el Distrito Federal hoy hablamos del divorcio unilateral. La reforma que consistió en la derogación del artículo 267 del Código Civil, y por ende de las causales del divorcio necesario, fue presentada en una iniciativa de proyecto, del 29 de noviembre de 2007, y fue el 3 de octubre de 2008 cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal determinó derogar las figuras de divorcio voluntario y necesario, reglamentando como única figura de disolución del vínculo matrimonial el divorcio unilateral;²¹ ahora los estados necesitan regularlo, si lo consideran pertinente.

¹⁷ Este informe fue dado por el Comité de Investigación de la Fertilización Humana y Embriología, del Departamento de Sanidad y Seguridad Social del Reino Unido, en julio de 1984, el cual fue presidido por Mary Warnock, de ahí el nombre del informe. En GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁸ Véase BOE, Ley 3/2007, del 15 de marzo, reguladora de la certificación registral de la mención.

¹⁹ BAQUEIRO ROJAS, EDGARD y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA. *op. cit.*, p. 144.

²⁰ *Ibidem*, p. 178.

²¹ *Dictamen de la Comisión de Administración y Procuración de Justicia a la Iniciativa con proyecto que reforma,*

4. La institución de los bienes en el presente siglo

Por bien entendemos toda “cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial”.²² Jurídicamente existen muchas clasificaciones de los bienes, así tenemos a los bienes corpóreos o incorpóreos, bienes muebles o inmuebles, tangibles e intangibles, litigiosos y no litigiosos, etcétera.

Como novedad en el cambio de los bienes tenemos a los bienes intangibles, los cuales se pueden definir de las siguientes maneras:

Bienes intangibles. Término en inglés: Intangible Goods. Definición: Son bienes que alcanzan gran importancia en la economía en la red donde la propiedad real la ostenta quien posee el concepto, la idea, la marca así como las fórmulas de operar, como en el caso de la franquicia, donde existe control del uso de los bienes intangibles, tales como la marca registrada, la idea y el formato.²³

[...] Los servicios son llamados también bienes intangibles porque ellos no son mercancías que puedan ser compradas, almacenadas y luego revendidas, sino acciones que realizan otras personas y que deben ser consumidas en el momento y lugar de su producción, aunque muchas actividades de servicios implican el consumo simultáneo de otros bienes tangibles. Suele clasificarse a los servicios, por tal motivo, entre los bienes no transables o transferibles, aunque existen ciertas excepciones al respecto.²⁴

Pero no sólo la existencia de los mismos, sino que actualmente tenemos su distribución mediante la transferencia digital de los mismos, como ejemplo de lo anterior encontramos las siguientes dos operaciones: la descarga de productos digitalizados, en donde:

[...] en este tipo de operaciones, el cliente selecciona un producto (un bien intangible) de un catálogo al que se accede a través de una página web; el catálogo incluye programas de ordenada y otros productos digitalizados²⁵ y la compra de productos digitalizados para su explotación con finalidad de su explotación es aquella opera-

adiciona y deroga diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal de la IV Legislatura, No. 1, pp. 31-56.

²² DE PINA VARA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 126.

²³ “Nueva Economía | N-economía, información económica sobre las nuevas tecnologías | Innovación | TIC”, <http://www.n-economia.com/glosario/glosario.asp?c=B&tid=197&tl=0>.

²⁴ “Diccionarios, glosarios, vocabularios y catálogos de términos relacionados con la teoría económica, las finanzas y el comercio”, <http://www.eumed.net/cursecon/dic/S.htm#servicios>.

²⁵ GALINDO SIFUENTES, ERNESTO. *Derecho mercantil, comerciantes, comercio electrónico, contratos mercantiles y sociedades mercantiles*, 2a. ed., Porrúa, México, 2007, pp. 62 y 63.

ción mediante la que el cliente selecciona una obra dentro de las de un catálogo de programas u otros productos digitalizados y ordena su adquisición directamente al proveedor.²⁶

5. El testamento vital, un nuevo paradigma para las sucesiones

Debemos considerar que PLANIOL define a la sucesión como “la transmisión del patrimonio entero de un difunto a una o varias personas vivas”.²⁷ Y testamento es el:

[...] acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre solmene y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que hay de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter patrimonial, puede ordenar, de acuerdo con la ley.²⁸

Lo nuevo es el llamado testamento vital, que es un documento con instrucciones previas, que establece la voluntad de forma anticipada de una persona mayor de edad, capaz y libre, el cual puede manifestar anticipadamente por escrito su voluntad sobre los cuidados y tratamientos sanitarios cuando se padece una enfermedad terminal, bajo un estado permanente de inconsciencia o sobre un daño cerebral irreversible, que desea recibir o incluso tras su fallecimiento, puede decidir el destino de su cuerpo o sus órganos. Debe ser firmado en presencia de testigos y se realiza siempre a través de un notario público que es la persona indicada para dar fe y certeza jurídica de su voluntad.²⁹

En México se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, el 7 de enero de 2008, la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, que establece en su artículo 1 que dicha ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

²⁶ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

²⁷ DE IBARROLA, ANTONIO. *Cosas y sucesiones*, Porrúa, México, 1986, p. 647.

²⁸ DE PINA, RAFAEL y DE PINA VARA, RAFAEL. *op. cit.*, p. 473.

²⁹ Véase <http://www.elsiglodetorreón.com.mx/noticia/463154.html>.

6. La visión actual de los contratos

Debemos considerar que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; especie dentro del género de los convenios. En estricto sentido, al contrato se le ha dejado con la función positiva, es decir: acuerdo de voluntades para crear o transmitir obligaciones, y al convenio se le deja la función negativa: la de modificar o extinguir derechos. De acuerdo con la definición anterior, los contratos crean derechos reales o personales.³⁰

La visión actual de los contratos es que hablamos de la llamada contratación moderna, derivada de los últimos treinta años, en donde es marcada la influencia del mundo globalizado, ya que se tienen nuevas formas de contratación con influencia anglosajona, además del impacto tecnológico, el intercambio comercial y la apertura de mercados sin frontera alguna, el establecimiento de empresas que buscan extender sus dominios en ventas y tecnología, hoy se habla de patentes, de derechos de autor, en sí de nuevas formas de contratación.

En México los contratos modernos no encuentran regulación en el Código Civil, por lo que reciben el nombre de contratos atípicos, entre estos contratos encontramos la contratación electrónica, entendida como “aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene –o puede tener– una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo”, no se cuenta con la firma manuscrita ni con el documento papel que haga constar el contrato electrónico, lo que nos lleva hacia una inseguridad jurídica.³¹ Nuestro actual Código Civil Federal distingue entre convenio y contrato, así lo señala el artículo 1792: “el convenio es el acuerdo de dos o más personas, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”, y el artículo 1793 determina que “los contratos son los convenios que producen y transfieren obligaciones y los derechos”, siendo sus elementos esenciales el consentimiento, el objeto y la solemnidad, en los casos por la ley exigidos.

Dentro de los llamados contratos atípicos tenemos al contrato electrónico, definido por Edgar ELÍAS AZAR,

[...] como el “contrato electrónico”, “virtual”, “telemático”, en cualquiera de sus expresiones acogidas, es el instrumento a través del cual se desenvuelve el comercio electrónico, desde la óptica jurídica, el carácter esencial de las declaraciones de voluntad en la existencia del consentimiento electrónico, señalado en el artículo

³⁰ ROJINA VILLEGAS RAFAEL. *Compendio de derecho civil*, t. IV: Contratos, 23a. ed., Porrúa, México, 1995.

³¹ AR: *Revista de Derecho Informático*, ISSN 1681-5726, Edita: Alfa-Redi, No. 034, mayo de 2001.

1803 del ccf, el consentimiento [...] será expreso cuando la voluntad se manifiesta... por medios electrónicos [...] (fracción i), permite acoger para el derecho mexicano la concepción amplia de “contrato electrónico” y comprensiva de todos los que se celebran sustituyendo el lenguaje oral y escrito tradicional por el electrónico, con independencia de la categoría y especie de contrato de que se trate.³²

Ahora, la labor de los estados es actualizar sus códigos respecto de la manifestación de la voluntad mediante los medios electrónicos.

7. Conclusiones

Ante el nuevo esquema mundial, caracterizado por el empleo de tecnologías, se debe considerar a la innovación tecnológica como el proceso sistémico de descubrimiento, desarrollo, adopción y comercialización de nuevos productos, por lo que consideramos que la creación científica y la construcción de tecnología exige una fuerte infraestructura material, es decir, que dentro de nuestros códigos civiles existen lagunas que deben ser reguladas para adecuar todas las instituciones fundamentales del derecho civil al entorno en que vivimos, y así tener mayor certeza jurídica. ■

³² ELÍAS AZAR, EDGAR. *La contratación por medios electrónicos*, Porrúa, México, 2005, p. 123.

La protección constitucional de la familia en América Latina*

*Constitutional protection of family
in Latin America*

José Cándido Francisco Javier de la Fuente Linares**

RESUMEN

La familia es una institución social y, tomando como base sus finalidades, una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas o aisladas, por lo que debemos protegerla, atendiendo al interés superior de ésta y no enfrentar los intereses de cada uno de los integrantes, sino compatibilizarlos.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, derechos de la familia, derechos sociales, familia, organismos internacionales.*

ABSTRACT

Family is a social institution, and, on the basis of its purposes, a social, plural and complex unit, it is not a simple group of units, of individualities separated or isolated, and we must protect it, taking into account the major interest of this one, and not to face the interests of each member, but to make compatible the interests of all its members.

KEY WORDS: *Constitution, family law, social rights, family, international organizations.*

* Recibido: 19 de enero de 2012. Aceptado: 23 de febrero de 2012.

** Miembro del Comité Científico Internacional de la Red de Derecho Familiar del Mercosur, México. (jcfjfl@hotmail.com).

Sumario

1. Introducción
2. La familia como institución social
3. Los derechos de familia en las Constituciones latinoamericanas
 - A) Bolivia
 - B) Brasil
 - C) Cuba
 - D) El Salvador
 - E) Ecuador
 - F) Nicaragua
 - G) Panamá
 - H) Guatemala
 - I) Paraguay
 - J) Venezuela
 - K) Argentina
 - L) Chile
 - M) Colombia
 - N) Honduras
 - Ñ) Costa Rica
 - O) Perú
 - P) Uruguay
4. Los derechos de familia en la legislación constitucional mexicana
5. La familia en los organismos internacionales
6. Consideraciones finales (¿a qué tipo de familia debe referirse el legislador constitucional?)
7. Conclusiones

1. Introducción

La familia va evolucionando, por lo que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no pueden dejar de aceptar estas nuevas formas de convivencia familiar, debiendo llevar al texto constitucional de cada país, las bases fundamentales de la organización de la familia en un capítulo especial en el que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia.

Con la finalidad de hacer de su conocimiento los recientes cambios que para la protección constitucional de la familia se han realizado en nuestro país, y con ello tener una aproximación a los logros obtenidos especialmente en las Constituciones latinoamericanas, presento el siguiente trabajo de investigación.

2. La familia como institución social

Como es de nuestro conocimiento, antes de la presencia del orden jurídico existente, la familia, dentro de un aspecto sociológico, es anterior al mismo Estado, ya que éste existe después de la familia, y ésta —como lo dijera Hernán CORRAL— ha contado, a lo largo de la historia, con tres finalidades: una natural (basada en la unión de hombre y mujer, la procreación y conservación de la especie), otra moral espiritual (lazos de afecto, solidaridad, cuidado y educación de la prole) y una tercera de carácter económico (alimento y techo). Con lo anterior, el tratadista citado la define como:

[...] aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad, directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo, y se hayan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente.¹

Es por ello que cada persona no puede inventar a la familia, ya que ésta no sólo es una institución jurídica a la que el hombre debe adaptarse, sino es una institución natural en la que el Estado interviene en su regulación para el bien común,² esto se ha traducido en una multiplicidad de consagraciones normativas en textos jurídicos de la más alta jerarquía e importancia, a grado tal que no sólo el Estado sino la comunidad internacional reconoce a la familia como una realidad no creada o diseñada por normas emanadas de la autoridad política estatal o de organismos supraestatales, sino que el reconocimiento implica su respeto a la autonomía y libertad de desarrollo para alcanzar sus finalidades, obligando con ello al Estado a proporcionar su protección, que la distingue de otros cuerpos o formaciones sociales intermedios, y que por tanto le implica un tratamiento preferencial y privilegiado a la familia.³

62

Debemos entender que ésta es una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas o aisladas, que tene-

¹ CORRAL, HERNÁN. *Derecho y familia*, cit. por CARRASCO BARRAZA, ALEJANDRA. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre familia", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 1994, p. 372.

² Cfr. CARRASCO BARRAZA, ALEJANDRA. *op. cit.*, p. 375.

³ Cfr. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. "Familias sin matrimonio, ¿modelo alternativo o contradicción excluyente?", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 21, No. 2, mayo-agosto de 1994, pp. 262-264.

mos que proteger como tales, como individuos; para mi punto de vista, si hemos de aceptar que la familia es un grupo social, que es la célula de toda sociedad, que es un grupo natural, que es un grupo primario, se le debe regular como tal, como grupo, atendiendo al interés superior de la familia constituida por todos sus elementos, no podemos enfrentar los intereses de cada uno: del niño, la niña, el adolescente, el joven, el de la tercera edad, la mujer, como si fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo; el Estado es lo que son sus familias, la humanidad es lo que son sus Estados, tenemos que partir por el concepto de esa base y regular a la familia como núcleo o célula de la sociedad, integrada por distintos individuos unidos de manera indisoluble, de manera inseparable, sólo así puedo entender a la familia.

Al tratar el tema de “La protección constitucional de la familia en América Latina” he querido también hacer una revisión a dicho tema en las Constituciones latinoamericanas, y también el análisis de las Constituciones locales de nuestra República mexicana para poder determinar ¿qué es lo que se quería regular?, ¿hacia dónde queríamos ir? Y si se contienen las bases fundamentales de la organización de la familia como grupo social, no sólo en cuanto a su base normativa sino a la sistematización legislativa de las Constituciones.

3. Los derechos de familia en las Constituciones latinoamericanas

Si revisamos algunas de las Constituciones latinoamericanas que regulan a la familia desde esa ley suprema, nos podemos encontrar dos formas de regulación; una donde lo más importante es la familia, y en donde pudiéramos decir que existe unidad normativa, sistematización legislativa, esto es, un capítulo especial que habla acerca de ella en su ley fundamental, hablamos en el caso específico de países como Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, y otro grupo en donde existe una dispersión normativa en la ley fundamental, ya que existe una gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa, tal es el caso de algunos países como México, Argentina, Chile, Honduras, Perú y Uruguay, entre otros; es por ello que me referiré a algunas de estas Constituciones a manera de ejemplo, y suplicando me disculpen si llegare a incurrir en alguna omisión o reciente reforma, menciono que estos datos considero estén actualizados con la información que para tal efecto tuve disponible.

Me referiré primeramente a los países en donde existe una unidad normativa en su ley fundamental:

A) Bolivia

En su Constitución Política, en su parte primera denominada “Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”, título dos de “Derechos fundamentales y garantías”, capítulo quinto “Derechos sociales y económicos”, sección vi “Derechos de las familias”, artículos 66 a 72, establece que:

[...] el Estado reconoce y protege a la familia, a sus integrantes, que existe igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades entre todos sus integrantes así como a las uniones de hecho que sean mantenidas por personas con capacidad legal, existe igualdad entre los hijos que la ley protegerá el patrimonio de familia, el régimen de seguridad social, la educación, la violencia intrafamiliar, lo mismo de los niños, niñas y adolescentes, y buscará la protección del interés supremo del menor, debo hacer notar que anterior a esta reforma en el año de 1995 se establecía la creación de un código especial para regular las relaciones familiares.⁴

B) Brasil

Cuenta con un apartado especial, título viii “Del orden social”, capítulo vii “De la familia, del niño, del adolescente y del anciano”, artículos 226 al 230, reconoce:

[...] al matrimonio civil y otorga al matrimonio religioso efectos civiles, reconoce la entidad familiar como unión estable entre el hombre y la mujer, establece los derechos y deberes entre los cónyuge así como la igualdad entre los mismos, el estado brindará asistencia para cohibir la violencia intrafamiliar, señala el deber de la familia, sociedad y estado para que los niños y adolescentes tengan derecho a la vida, salud, alimentación, educación, respeto, convivencia familiar y comunitaria así como su protección contra toda discriminación, explotación y violencia, regula el respeto de los mayores así como su derecho a la vida, su dignidad y a su participación en la comunidad en general, teniendo una alta protección a la sociedad.⁵

c) Cuba

La protección de la familia se establece desde 1940, con reformas posteriores, tendientes todas ellas a la obligación del Estado a protegerla, en su capítulo iv “Familia”, en sus artículos 35 a 38, reconoce “las responsabilidades y funciones esenciales en la educación y formación de nuevas generaciones, regula al matri-

⁴ Constitución Política de Bolivia.

⁵ Constitución de la República Federativa del Brasil.

monio la igualdad entre los cónyuges en los derechos de los hijos, dar educación, asistencia social, igualdad de oportunidades en el trabajo”.⁶

D) El Salvador

La Constitución de El Salvador también dedica una sección especial para la familia, en su capítulo II “Derechos sociales”, sección I “De la familia”, en sus artículos 32 al 36, reconoce

[...] a la familia como base fundamental de la sociedad y ésta tendrá la protección del estado la que creará la legislación necesaria y los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, estableciendo que el fundamento legal de la familia es el matrimonio pero su falta no afectará el goce de los derechos que se establezcan en su favor.⁷

E) Ecuador

En su capítulo 4, “De los derechos económicos, sociales y culturales”, sección tercera “De la familia”, señala que:

[...] el Estado reconoce y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad, basada en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes, protegiendo al matrimonio, la maternidad y el haber familiar, brindando el apoyo a las mujeres, padres o quienes sean jefes de familia, regula también la unión estable monogámica, promueve la maternidad y paternidad responsable, cuidando el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos, se reconoce el patrimonio familiar inembargable así la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.⁸

F) Nicaragua

La Constitución Política de la República de Nicaragua, con sus últimas reformas realizadas en 1995 y 2000, establece en el título IV “De los derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense”, capítulo IV denominado “Derechos de la familia”, de sus artículos 70 al 79:

⁶ Cfr. LARA HERNÁNDEZ, EDUARDO. “El constitucionalismo cubano y la protección de la familia”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, No. 4, pp. 205-209.

⁷ Constitución de la República de El Salvador.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador.

[...] la obligatoriedad del estado para su protección tomando como base que es el núcleo fundamental de la sociedad, estableciendo primordialmente que las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos entre el hombre y la mujer, protegiendo el proceso de reproducción humana, igualdad de derechos entre los hijos, la investigación de la paternidad y maternidad, entre algunos otros derechos.⁹

g) Panamá

Su Constitución vigente, en el capítulo II “La familia”, de su título III “Derechos y deberes individuales y sociales”, establece que:

[...] el Estado protege al matrimonio, maternidad y la familia, que el matrimonio es el fundamento legal de la familia descansando este en derechos iguales entre los cónyuges pero también reconociendo la unión de hecho como integradora de una familia, habla de los deberes y derechos que tienen los padres en relación con sus hijos y del mejoramiento social y económico de la familia mediante la organización de un patrimonio de familia y con la obligatoriedad del estado de crear un organismo destinado a su protección.¹⁰

h) Guatemala

En su título segundo, capítulo II “De los derechos sociales”, en su sección primera, la Constitución habla de la familia y se refiere a:

[...] la protección de la familia, al reconocimiento del matrimonio como base legal y al reconocimiento de las uniones de hechos, a la igualdad de los hijos, protección de los menores, ancianos, y personas con capacidad diferente, de la maternidad e igualdad de los hijos, de la obligación de proporcionar alimentos y de las acciones contra causas de desintegración familiar.¹¹

i) Paraguay

Contiene un capítulo IV de “Derechos de la familia”, incorporado en su título II “De los deberes y garantías”, artículos 49 al 61, en el que:

⁹ Constitución Política de Nicaragua.

¹⁰ Constitución Política de la República de Panamá.

¹¹ Constitución Política de la República de Guatemala.

[...] se establece la protección del estado a la familia, el derecho a constituirla, el reconocimiento del matrimonio y del concubinato, el deber correlativo de asistencia a la salud, educación, alimentación, a los derechos de la mujer como cabeza de familia, la obligación del estado de garantizar y proteger a los miembros de la familia y en especial de los niños en su abandono, abuso, tráfico y violencia así como los derechos de las personas excepcionales, y del patrimonio familiar.¹²

j) Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente establece, en su título III “De los derechos humanos y garantías, y de los deberes”, capítulo V “Los derechos sociales y de las familias”, artículos 75 al 97, que:

[...] la protección del Estado en proteger a la familia, como asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, así como la garantía de protección a la madre, padre o quienes ejercen la jefatura de la familia, de los niños, niñas y adolescentes, establece la posibilidad de la familia sustituta cuando la familia de origen no respete el interés superior del menor, protege al matrimonio entre un hombre y una mujer, su igualdad de derechos lo mismo que de las uniones estables, algo importante es que las niñas, niños y adolescentes que están protegidos y garantizados por los contenidos de su constitución y demás tratados internacionales que se hayan suscrito y ratificado por la República respetándose en todo momento el interés supremo del menor, protege la maternidad desde el momento de la concepción a la decisión libre y responsable del número de hijos, los servicios de planificación basados en valores éticos y científicos, derecho a la vivienda, seguridad social y al trabajo de cada uno sus integrantes.¹³

A continuación referiré algunos de los países que tienen su legislación dispersa.

k) Argentina

La Constitución, en el artículo 14 bis, establece *la protección integral de la familia*, artículo 75 de las facultades del Congreso, numerales 19, 22 y 23, que se refieren a:

[...] la participación de la familia y la sociedad en la educación, así como de la jerarquía de los tratados celebrados con naciones y organizaciones internacionales con jerarquía superior a las leyes, en especial de todas ellas que se refieren al respeto de

¹² Constitución de la República de Paraguay.

¹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

los derechos humanos y a la protección de la mujer y de los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.¹⁴

l) Chile

En su Constitución, con sus últimas reformas realizadas en 2005, capítulo I, artículo 1, establece que “la familia es el núcleo de la sociedad y el deber del Estado es resguardar su seguridad y protección, fortaleciéndola y promoviendo su integración”; en el capítulo III, el artículo 19, numeral 4, se refiere al respeto *a la personalidad y a la familia*.¹⁵

m) Colombia

Señala en su artículo 5 que el Estado: “[...] reconoce a la familia como institución básica de la sociedad”, y en su artículo 42 dice que “es el núcleo de la sociedad y que su fuente es el matrimonio y el concubinato, manifestando que el matrimonio religioso surte efectos como matrimonio civil y que tanto el estado como los integrantes de la familia deben velar por su bienestar”.¹⁶

n) Honduras

El artículo 76 de su Constitución garantiza el *derecho a la familia*. En el capítulo III del título III “De las declaraciones, derechos y garantías”, el artículo 111 señala que “la familia, el matrimonio, la maternidad y la infancia están bajo la protección del Estado”; el artículo 114 señala que todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes, así como la protección de los ancianos; los artículos 117 y 118 se refieren al *patrimonio familiar*, así como también lo hace en el capítulo IV “De los derechos del niño”, que comprende los artículos 119 a 126; los artículos 128 y 141 regulan las *garantías laborales*; el artículo 142 se refiere a la *seguridad social*, y el artículo 182 habla del *habeas corpus*, *habeas data* y el *amparo*.¹⁷

ñ) Costa Rica

En todo el ordenamiento se encuentran dispersos los aspectos relativos a la familia, y a ésta “la consagra como un derecho natural y fundamental de la so-

¹⁴ Constitución de la Nación Argentina.

¹⁵ Constitución Política de la República de Chile.

¹⁶ Constitución Política de la República de Colombia.

¹⁷ Constitución Política de la República de Honduras.

ciudad con una protección especial del Estado, expresando que el matrimonio es la base esencial de la familia y no hace discriminación entre los hijos, con la obligatoriedad del Estado para promover la creación de patrimonio de familia del trabajador”.¹⁸

o) Perú

En su Constitución de 1993, artículo 4, establece que “la comunidad y el estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; el artículo 13 regula la “obligatoriedad de los padres de educar y participar en el proceso educativo de sus hijos”, y el artículo 24 habla sobre “el derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”.¹⁹

p) Uruguay

La Constitución, en su artículo 40, del capítulo II, señala que “la familia es la base de la sociedad, el Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”; el artículo 49 señala que “el bien de familia, su constitución, su conservación, goce y transmisión serán objeto de una legislación protectora especial”; el artículo 67 regula “la protección del trabajador en bienestar de su familia”; los artículos 75 y 78 brindan el “derecho al sufragio a los ciudadanos de los hombres y mujeres extranjeros con familia constituida en la república así como a la ciudadanía legal”.²⁰

4. Los derechos de familia en la legislación constitucional mexicana

Una vez realizado el extracto de lo que las Constituciones de diversos países latinoamericanos contemplan acerca de la familia, me referiré al panorama que sigue México en su legislación constitucional. En México tenemos una Constitución federal, y treinta y un Constituciones locales, una por cada estado de la República. Si analizamos las treinta y un Constituciones, vemos que sólo el estado de Puebla dedica un capítulo especial a la familia, con dos artículos, y ningún otro ordenamiento supremo de los estados sigue esta escuela, hay una

¹⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica.

¹⁹ Constitución Política del Perú.

²⁰ Constitución de la República Oriental del Uruguay.

tendencia unitaria sin capítulo especial en las Constituciones de los estados de Chiapas, Coahuila, Durango, Hidalgo, Morelos, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas, en donde encontramos un artículo destinado a la familia más o menos detallado; en el caso de Chiapas, se dedican muchas fracciones, incisos, apartados a la familia. Por otro lado, con una leve dispersión normativa y poco detalle encontramos en los estados de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Colima, Michoacán, Nuevo León, Quintana Roo, Tlaxcala y Yucatán. Con mayor dispersión podemos encontrar las Constituciones de Baja California, Chihuahua, Guanajuato, Jalisco, Estado de México y Querétaro, y con una gran dispersión y una regulación mínima a este tema tan importante, casi me atrevería a decir con una alusión circunstanciada para la familia, las Constituciones de Guerrero, Nayarit, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz. Ése es el panorama constitucional de la familia en los diversos estados federados de México, sin embargo, no sólo es el problema de la dispersión normativa de los pocos artículos dedicados a la familia sino es además un problema fuerte, me parece no resuelto, porque tendría que preguntarse ¿a qué familia se debe referir la Constitución?, porque si revisamos la Constitución federal y sus recientes reformas aprobadas por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los estados de la Federación nos vamos a encontrar con la agradable sorpresa de que la familia mexicana es la primera beneficiaria con ellas.

Es así que el artículo 1 establece que:

[...] en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.²¹

70

Con ello se establece una nueva nomenclatura al hablar de derechos humanos y no garantías individuales. Lo trascendente es que estas reformas derivan del contenido de los tratados internacionales, vinculados con la materia, que en su momento fueron firmados por el gobierno mexicano y ratificados por su Senado. Otorgando con ello más derechos fundamentales para la familia.

El artículo 2 de la Constitución federal regula a la familia indígena tratando de respetar sus tradiciones, su organización política, social y cultural, sin destinar a la familia al fracaso o al aislamiento sino tratando de incorporarla al sistema

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

nacional partiendo de la idea fundamental de que la sociedad surge de la unión de dos culturas,²² de la cultura europea que nos llega a través de España y de la cultura prehispánica y a partir de aquí reconocer la naturaleza mexicana pluricultural y pluriétnica, tratando de preservar a la familia indígena.

El artículo 3 hace referencia al derecho a la educación de los niños y las niñas, al establecer el sistema obligatorio de educación básica, integrado por el nivel preescolar, primaria y secundaria, además establece, en el artículo 31, fracción 1, el deber correlativo de los padres y de los tutores de vigilar que los hijos y los pupilos en su caso asistan a estos niveles distintos de instrucción.²³

Encontramos en el artículo 4 de la Constitución el derecho a la vivienda, “toda familia tiene derecho a una vivienda digna y decorosa”, pero también en las normas de previsión social, el artículo 123, en sus apartados “A” y “B”, abarcando tanto a los trabajadores al servicio de patrones particulares como a trabajadores al servicio del Estado, y para poder garantizar esta protección a la familia otorgándole una vivienda digna y decorosa se han creado instituciones en beneficio de trabajadores particulares, en beneficio de trabajadores en servicio al Estado y en beneficio particular de los trabajadores de las fuerzas armadas mexicanas, a su vez, en este artículo 4 encontramos los derechos fundamentales de los niños y las niñas, tales como alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, así como, en el artículo 30, tenemos el derecho de los niños y las niñas a la nacionalidad de sus progenitores y el derecho a la nacionalidad del cónyuge.²⁴

La garantía de legalidad establece que “ninguna familia puede ser molestada en sus derechos, posesiones, bienes, sino mediante mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del proceso”; el derecho al debido proceso legal se encuentra en el artículo 14 de la Constitución.²⁵

El nuevo primer párrafo del artículo 29 constitucional señala que no se pueden alterar los derechos citados, y por ello se ordena lo siguiente:

En ningún caso podrán restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, *a la protección a la familia*, al nombre, a la nacionalidad; los derechos del niño; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de religión; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.²⁶

Otros derechos otorgados a la familia y a sus miembros son los correspondientes a la seguridad social, como el salario mínimo legal, en el artículo 123; la preferencia en el pago de salarios; la no trascendencia de las deudas de los trabajadores para no grabar, como en la historia se ha dado, a los descendientes del deudor, ya que las deudas del trabajador son deudas de éste y no de sus descendientes o de su cónyuge; el derecho a la igualdad del salario; el derecho a la oportunidad en el trabajo; el derecho a la salud y seguridad en el trabajo, siempre pensando en la familia, en el menor o en la mujer embarazada, y el derecho al patrimonio familiar (al respecto, debo mencionar dos artículos de la Constitución: el 27, que instituye la propiedad privada, y el 123, que se refiere a la seguridad social y que señala la posibilidad de establecer el patrimonio familiar como derecho de la familia y como deber de las autoridades).

5. La familia en los organismos internacionales

Miguel CARBONELL, en su artículo “Familia, Constitución y derechos fundamentales”, nos dice que:

[...] en materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar e imponer un modelo de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias.

Por otro lado, el Comité de Derechos de la ONU establece la tutela de la familia en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁷ conforme a las siguientes ideas:

72

[...] el Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de uno a otro estado, y aun entre regiones dentro de un mismo estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, destaca que, cuando la legislación y la práctica de un estado consideren a un grupo de personas como una familia, este debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Y en el caso de que existieran diversos conceptos de familia dentro de un estado

²⁶ *Idem.*

²⁷ Observación General No. 19, de 1990, párrafo 2; consultable en CARBONELL, MIGUEL *et al.* (comps.). *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., Porrúa-CNDH, México, 2003, t. I, pp. 426 y ss.

“nuclear” y “extensa”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.

También es cierto que el Comité adopta un criterio más restrictivo en sus observaciones generales, al afirmar que:

[...] la poligamia atenta contra la dignidad de la mujer, constituye además una discriminación inadmisibles a su respeto y debe en consecuencia ser definitivamente abolida allí donde exista o existía.²⁸ Lo que parece ser un criterio firme del Comité de los Derechos Humanos de la ONU, es que el mandato de protección del artículo 23 del Pacto incluye a las familias conformadas por una pareja no casada y sus hijos, así como a las familias monoparentales y sus hijos.²⁹

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico nacional ha organizado a la familia con base en el matrimonio, reprimiendo e ignorando a quienes no se pliegan a esa forma de convivencia, ya que la fundamenta como una realidad convivencial, indisoluble y heterosexual, encerrada en la seriedad de la finalidad reproductora, éste parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido.³⁰

Debo señalar que en nuestra Constitución, en su artículo 1, se establece la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales, es decir, la discriminación por razones de estado civil y correlativamente el artículo 4 no concibe la formación de la familia mediante el matrimonio, ya que no es requisito constitucional el haber celebrado el contrato de matrimonio para poder disfrutar de la protección en el núcleo familiar, esto es, el reconocimiento a los concubinos, convivientes, en materia de seguridad social, de alimentos, de ayuda mutua, de sucesiones, etcétera.

6. Consideraciones finales (¿a qué tipo de familia debe referirse el legislador constitucional?)

De lo anteriormente expuesto, creo que debemos preguntarnos ¿a qué familia se refiere el legislador constitucional?, ya que si revisamos la norma fundamental de

²⁸ Observación General No. 28, *cit.*, párrafo 24.

²⁹ *Ibidem*, párrafo 27.

³⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. OLGA. “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, No. 58, enero-abril de 2000, p. 45.

los países latinoamericanos, internacionales y la de los estados de la República mexicana, nos vamos a encontrar con que sólo se hace alusión a la familia surgida del matrimonio, como la única forma legal y moral de fundar a la familia.

Conocido es que la familia también puede generarse por la procreación, puede un hombre, puede una mujer, cada uno por su cuenta tener descendencia; descendencia consanguínea o bien descendencia civil (adopción), pueden formar familias monoparentales o pueden existir, lo que en doctrina se denomina, familias ensambladas o familias reconstituidas; por lo que se insiste ¿a qué familia se debe referir la Constitución?, ya que si hemos de atender a la no discriminación, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, nos queda claro que la Constitución se debe referir a toda familia, independientemente, de la causa lícita o ilícita, moral o inmoral que le de origen; finalmente, la familia es el grupo social primario, fundante de la comunidad, elemento humano del Estado, al cual ese Estado debe protección, debe regular con sus diferencias, con sus semejanzas, con sus aspectos lícitos e incluso ilícitos, pero ¿cómo regular a la familia? Hemos escuchado en foros internacionales recientemente, hago alusión a las *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, celebradas en la ciudad de Puebla, México, bajo el auspicio de su Benemérita Universidad, en mayo, donde se habló de manera reiterada, insistente, inquietante y emocionante, del interés superior del menor, del interés de los niños, niñas y adolescentes, del adulto mayor, de la mujer, de las personas con capacidades diferentes; en fin, de un alto número de intereses personales, y es por ello que ahora me pregunto: ¿cuántos intereses superiores hay?, ¿cómo organizar a la familia?, que no es mejor ¿pensar en el interés superior de la familia como grupo social?, ¿que no es justamente este núcleo primario el grupo natural al que se debe dirigir el legislador constituyente y el legislador ordinario?

A fin de alcanzar el objetivo tutelado por la familia, para organizarla, protegerla y desarrollarla debemos partir de que la familia es una unidad social, plural y compleja, no una simple reunión de unidades, de individualidades separadas, aisladas a las que tenemos que proteger como tales, como individuos, si aceptamos que la familia es un grupo social, que es la célula de toda sociedad, que es base del Estado moderno, además de ser un grupo natural y primario, debemos regularla como tal, como grupo, atendiendo sólo al interés superior de ella, constituida por todos sus elementos personales, ya que no podemos enfrentar los intereses de cada uno, esto es, del niño, la niña, el adolescente, el joven, el anciano, del que tiene capacidad diferente, de la mujer como si todos ellos fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr el interés de la unidad del todo.

El Estado moderno es lo que son sus familias, la humanidad contemporánea es lo que son sus Estados, tenemos que partir por el concepto de esa base y regular a la familia como núcleo o célula de la sociedad, integrada por distintos individuos unidos de manera indisoluble, de manera inseparable, sólo se puede entender a la familia.

Al hacer el análisis comparativo de las Constituciones, nos preguntamos ¿qué es lo que queremos regular? y ¿hacia dónde queremos ir?, ¿si la Constitución Política de cada Estado es su ley suprema? y si ¿ahí se contienen las bases fundamentales de la organización, funcionamiento y subsistencia del Estado?, ya que es ahí, en nuestras Constituciones, donde deben de estar las bases fundamentales de la organización de la familia, como grupo social, lo que nos llevará, por supuesto, no sólo a la unidad normativa y a la sistematización legislativa de las mismas, y a proponer, como estudiosos del derecho, el estudio del derecho constitucional familiar, como recientemente lo afirmara el magistrado del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la República Mexicana, catedrático y estudioso del derecho familiar, doctor Flavio GALVÁN RIVERA, quien en su exposición magistral dentro de las *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, del presente año, ya referidas, mencionó:

[...] que es un tema inexistente o cuando menos inexistente de manera sistemática hasta hoy, ya que por un lado se ha buscado la autonomía del derecho familiar y su independencia del derecho civil, para que partiendo de esa base, podamos hablar de la existencia del derecho constitucional familiar y de su autonomía, en donde debemos establecer y localizar las bases fundamentales de la organización familiar y partiendo de ello, todas las instituciones jurídicas y sociales tuteladoras de la familia entre ellas las leyes ordinarias, para proteger e instituir derechos y deberes de los integrantes del grupo familiar.

En derecho familiar sostiene:

[...] que no hay derechos ni hay obligaciones sino solo deberes y derechos, la misma conducta asume la naturaleza jurídica de deber, en una circunstancia o en un momento de la vida, para convertirse en derecho en otra circunstancia o en otro momento de la vida o incluso de manera simultánea; ejemplificándolo en que la fidelidad es un deber derecho, al mismo tiempo que se tiene derecho a exigir la fidelidad de su cónyuge, pero se tiene el deber de dar fidelidad al cónyuge; el deber derecho de alimentos, el deber derecho de respeto mutuo, en el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y de los padres honrar y respetar a sus hijos; esto es, es un deber derecho, es una correlación de conductas; temas todos estos, que se tienen que integrar al derecho familiar, y que también se tiene que estudiar y enseñar a las nuevas generaciones.

Para él, quien durante 35 años ha enseñado el derecho familiar y el derecho civil, ha sostenido que no hay *crisis en la familia*, y por tanto “el derecho familiar tiene que evolucionar porque corresponde a una vida humana normativada”.³¹

7. Conclusiones

Debo concluir manifestando que así como cambia la vida, también la familia va evolucionando, por lo que no es posible que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no puedan dejar de aceptar estas nuevas formas de convivencia familiar, estas nuevas prácticas de cambios de sexo, de uniones de personas del mismo sexo, de unión de familias disgregadas para ser ensambladas; en fin, de toda la variedad que se nos va presentando, y a partir de ello llevar al texto constitucional o de la ley suprema de cada país, las bases fundamentales de la organización de la familia no en forma dispersa, asistemática, desordenada, sino en un capítulo especial en que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia, porque la familia debe estar en la Constitución, en la ley fundamental de cada país, en la norma internacional, porque si todo ser humano es esencialmente un ser social, y por tanto un ser familiar, porque la familia es la base de la sociedad y ésta es la base del Estado moderno, la Constitución, la norma de normas, debe proteger a la familia porque ella es para siempre con todos sus matices, con todos sus cambios, con todas sus evoluciones y sus involuciones. ■

³¹ GALVÁN RIVERA, FLAVIO. Conferencia magistral titulada “La familia en el derecho constitucional mexicano”, *Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Familiar*, Puebla, México, 13 de mayo de 2011.

Del matrimonio indisoluble al divorcio exprés del Distrito Federal*

*From the indissoluble marriage to the express
divorce in the Federal District*

Aníbal Guzmán Ávalos**

María del Carmen Valdés Martínez***

RESUMEN

El trabajo aborda la evolución del divorcio en México hasta la reforma del Código Civil para el Distrito Federal; explicando las características del nuevo tipo de divorcio –sin causa– y los efectos provisionales que provocan la presentación de la demanda, la contestación y los efectos definitivos en relación con los cónyuges, bienes e hijos.

PALABRAS CLAVE: *Aborto en México, Código Civil del Distrito Federal, causales de aborto.*

ABSTRACT

This study analyses the evolution of divorce in Mexico up to the reform of the Civil Code for the Federal District; explaining the characteristics of the new kind of divorce –without cause– and provisional effects caused by claim submission, response and ultimate effects in relation to spouses, assets and children.

KEY WORDS: *Abortion in Mexico, the Civil Code in the Federal District, grounds for abortion.*

* Recibido: 24 de enero de 2012. Aceptado: 28 de febrero de 2012.

** Profesor de Derecho civil en la Universidad Veracruzana, México (anibalguzman@uv.mx).

*** Profesora de Derecho civil en la Universidad Veracruzana, México (cavaldez@uv.mx).

Sumario

1. Introducción
2. Generalidades
3. Tipos de divorcio
 - A) Separación de cuerpos
 - B) Divorcio vincular
4. Los efectos del divorcio
 - A) Medidas provisionales en el juicio de divorcio
 - B) Efectos definitivos por la sentencia
5. Causas que ponen fin al divorcio
6. Publicidad del divorcio
7. Reflexión final

1. Introducción

El presente trabajo da cuenta de la evolución histórica y legal del divorcio en México hasta llegar a la regulación que hace el Código Civil para el Distrito Federal del divorcio sin causa, también denominado popularmente “exprés”, toda vez que se torna el juicio expedito y puede tramitarse por ambos cónyuges o unilateralmente. En el desarrollo se explican los efectos provisionales que provocan la presentación de la demanda y la contestación, así como los efectos definitivos en relación con los cónyuges (alimentos, la procedencia de compensación, etcétera) a los bienes (división de los bienes asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación con los hijos, etcétera) y a los hijos (situación de los hijos menores de edad, en lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, las medidas necesarias para protegerlos de actos de violencia familiar, convivencia, guarda y custodia, etcétera).

2. Generalidades

78

El divorcio es la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente,¹ siguiendo un proceso ya sea voluntario o contencioso que se establece para remediar los matrimonios desafortunados.

Así las cosas, es una figura que se establece para paliar los matrimonios desventurados, pues como señala Elías MANSUR TAWILL:² “el problema no es el di-

¹ GALINDO GARFAS, IGNACIO. *Derecho civil*, 6a. ed., Porrúa, México, 1983, p. 575.

² *El divorcio sin causa en México. Génesis para el siglo XXI*, Porrúa, México, 2006, p. 211.

vorcio, el problema son los malos matrimonios. Cuando el matrimonio se vuelve prisión, cuando se torna un potro de tortura, cuando engendra conflicto, maltrato, infidelidad o, simplemente desamor, desilusión, monotonía, el matrimonio es un problema. El divorcio la solución”.

Sin embargo, independientemente de los sistemas y tipos de divorcios, en los procedimientos de divorcio hay que aceptar que los conflictos familiares se agravan durante esos procesos y los cónyuges que lo tramitan sufren de un juicio tortuoso debido al gran número de procesos que lleva un juzgado, además del desgaste emocional de los cónyuges y familiares.

Para evitar esto se ha pensado en mecanismos alternativos para algunos tipos de divorcio, como en el voluntario, que se puede tramitar mediante la intervención de un tercero especialista en la materia, como sería un mediador, árbitro o notario público, excluyendo a los jueces de esa competencia. Pero hasta la fecha no se han realizado las reformas legislativas para concretar estos procedimientos.

Sin embargo, en busca de soluciones, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal reformó las disposiciones relativas al divorcio para fusionar los tipos de divorcio voluntario judicial y el contencioso o también llamado necesario. Es decir, que ahora subsisten los sistemas de divorcio: vincular y separación de cuerpos. Sin embargo, el vincular tiene una modificación significativa, toda vez que se hizo una composición entre el divorcio tipo necesario y divorcio tipo voluntario en vía judicial. El caso del divorcio tipo voluntario en vía administrativa permanece invariable, así como el de sistema separación de cuerpos.

El artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal sigue sin definir el divorcio y mantiene la postura de señalar únicamente su efecto principal, el de divorciar a los cónyuges, que es el motivo del juicio y quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Para que proceda la disolución del vínculo matrimonial se requiere del presupuesto lógico necesario que es la existencia de un matrimonio válido, capacidad de las partes, que aun cuando sean menores de dieciocho años y aun cuando hayan sido emancipados requieren de la asistencia de un tutor dativo, y finalmente la legitimación procesal, consistente en que los cónyuges son los únicos que tienen interés legítimo, personalísimo en obtener la disolución del matrimonio.

En México el divorcio tiene casi un siglo de su regulación, aunque hay que informar que antes de la Conquista de los españoles, los pueblos prehispánicos ya lo conocían.

No se cuenta con muchos datos acerca de la normatividad de los pueblos prehispánicos, que como pueblos tenían también su régimen jurídico, y quienes se dedican a su estudio señalan que contaban con una normatividad semejante, aunque tenían elementos que los distinguían. Los mexicas son de los que se

tiene más información, y hay que destacar que dentro de las instituciones del derecho de familia se contemplaba el divorcio, que debía decretarse por la autoridad judicial. Conocieron el divorcio voluntario y necesario. El derecho a demandar el divorcio era recíproco, es decir, que podía promoverlo tanto la mujer como el hombre, y tenían como causales el adulterio de los cónyuges, la esterilidad de la mujer y la incompatibilidad de caracteres.³

Durante la época colonial, por razones obvias, estuvieron vigentes las leyes españolas, y por supuesto que el derecho canónico ejerció un influjo decisivo en instituciones del derecho de familia, pero sobre todo en el matrimonio, que era indisoluble, pues lo que unía Dios los hombres no podían separarlo.

Inmediatamente después de la independencia de México se siguieron aplicando las leyes españolas, y el matrimonio fue competencia exclusiva de la Iglesia hasta las Leyes de Reforma, con la expedición de la Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, donde se estableció el divorcio como temporal “y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados” (artículo 20).

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 no contemplaban disolver el vínculo matrimonial, sólo una dispensa de la obligación de cohabitación en ciertos casos de enfermedad de alguno de los cónyuges; es decir, que sólo se permitía la separación de cuerpos.⁴ La diferencia que existe entre los dos códigos es que el de 1870 establecía mayores requisitos, audiencias y plazos para que el juez decretara el divorcio por separación de cuerpos, los que redujo considerablemente el Código de 1884.

El Código de 1870, en su artículo 239, establecía que “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresan en los artículos relativos a este Código”. En el artículo 240⁵ se regulan siete causales para decretar este tipo de divorcio “separación de cuerpos”, estableciéndose como condición para gestionarlo que hubieran transcurrido dos años, como mínimo, desde la celebración del matrimonio, pues de lo contrario la acción era improcedente. También se prohibía cuando el matrimonio tenía veinte años o más de constituido.

³ ELÍAS AZAR, EDGAR. *Personas y bienes en el derecho civil mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1997, pp. 229-231.

⁴ AVENDAÑO LÓPEZ, RAÚL. *El divorcio; análisis jurídico y práctico*, Editorial Sista, 2006, pp. 48-50.

⁵ “Son causas legítimas de divorcio: 1. El adulterio de uno de los cónyuges; 2. La propuesta del marido para prostituir su mujer, no solo cuando el marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones ilícitas con su mujer; 3. La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal; 4. El conato del marido o de la mujer para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción; 5. El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongando por más de dos años; 6. La sevicia del marido con su mujer, o la de ésta con aquél; 7. La acusación falsa hecha por un cónyuge al otro”.

En el Código de 1884 no encontramos mucha diferencia respecto del anterior, ya que en el artículo 226 se acepta únicamente el divorcio “separación de cuerpos,” y a las causas que se regularon en el Código de 1870 se agregó: el que la mujer diera a luz durante el matrimonio, a un hijo concebido antes del contrato de matrimonio y que judicialmente se declarará ilegítimo; el hecho de negarse a ministrar los alimentos conforme a la ley; los vicios incorregibles de juego, embriaguez, enfermedad crónica e incurable que fuera contagiosa y hereditaria, anterior al matrimonio; la infracción de las capitulaciones matrimoniales y el mutuo consentimiento.⁶

Durante la Revolución y la vigencia del Código Civil de 1884, y con la difusión del divorcio en el mundo, Venustiano Carranza, se dice que a petición de dos de sus ministros: Félix Palavicini y Luis Cabrera, en 1914, y aun con la controversia y censura que originaba en esos tiempos, expidió también la revolucionaria Ley del Divorcio Vincular, y desde esa fecha a nuestros días el matrimonio perdió su indisolubilidad consagrándose el divorcio.⁷

Efectivamente, a casi un siglo se admitió el divorcio vincular en México y se señalaron las causales en las que procedía ante los tribunales.

En la exposición de motivos se dijo, entre otras cosas, que si el objeto esencial del matrimonio era la procreación de la especie, la educación de los hijos y la mutua ayuda, los cónyuges, quienes van a soportar las cargas de la vida, desgraciadamente no siempre alcanzaban esos fines.

Posteriormente se argumentó que si el postulado establecido por las Leyes de Reforma, respecto a que el matrimonio era un contrato civil formado por la espontánea libre voluntad de los contrayentes, era absurdo que subsistiera cuando esa voluntad faltaba por completo o cuando existieran causas que hicieran difícilmente irreparable la desunión consumada ya por las circunstancias.

En abril de 1917 se expidió la Ley de Relaciones Familiares que abrogó la Ley del Divorcio Vincular, pero al mismo tiempo la absorbió por completo. Esta ley reglamentó minuciosamente el divorcio y señaló que el matrimonio era un vínculo disoluble y permitía, por lo tanto, a los divorciados celebrar nuevas nupcias, e instituyó también el de mutuo consentimiento.⁸ Por otro lado, dejó el tipo de divorcio “separación de cuerpos” confinado sólo a la causal que se refería a enfermedades crónicas e incurables, contagiosas y hereditarias.

⁶ CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL. *La familia en el derecho*, 4a. ed. actualizada, Porrúa, México, 1997, pp. 427-429.

⁷ Artículo 1, fracción ix. “El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que haga imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, por faltas graves de alguno de los cónyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima”.

⁸ Artículo 75. “El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro”.

El Código Civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales, modificado diversas veces, reprodujo el artículo 75 de la Ley de Relaciones Familiares y aceptó en términos generales las causas que permiten la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio; reconoce la posibilidad de disolverlo por mutuo consentimiento de los cónyuges e introduce un procedimiento especial administrativo del divorcio por mutuo consentimiento, sin intervención de la autoridad judicial, autorizado por el juez del Registro Civil, cuando los cónyuges sean mayores de edad, no tengan hijos y hayan liquidado de común acuerdo la sociedad conyugal, si bajo este régimen se casaron.⁹

Conviene resaltar que se estableció como regla el divorcio vincular, y como excepción el divorcio por separación de cuerpos, por los casos de enfermedad crónica e incurable, impotencia o enajenación mental.

Es decir, que ya se distinguía en dos sistemas de divorcio: separación de cuerpos y vincular, y dentro de este último el divorcio necesario y por mutuo consentimiento, en sus dos vertientes: judicial y administrativa.

El divorcio necesario se podía promover siempre que tuviera su origen en algunas de las causales del artículo 267.¹⁰ Dentro de este tipo se habla de divor-

⁹ GALINDO GARRÍAS, IGNACIO. *Primer curso de derecho civil*, Porrúa, México, 1983, p. 600.

¹⁰ 17 causales que se vinieron adicionando hasta llegar a 22.

"Son causas de divorcio:

El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que se ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

Padecer enajenación mental incurable;

La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que proceda la declaración de ausencia;

La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el artículo 164 y el incumplimiento, sin causa justa, de la sentencia ejecutoriada por alguno de los cónyuges en el caso del artículo 168 (esta fracción quedó así reformada, *DO* del 31 de diciembre de 1974). Antes decía lo siguiente:

La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor a dos años;

cio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción al que se promovía por aquellas causales que señalaban un acto ilícito o bien, un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El divorcio remedio se instituyó como una protección en favor del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades crónicas e incurables, que fueran además contagiosas o hereditarias.

El divorcio por mutuo consentimiento, de tipo administrativo, facilita la disolución del matrimonio, ya que los cónyuges lo pueden obtener ante el juez del Registro Civil, quien levanta un acta y da por terminado el matrimonio.¹¹

En la exposición de motivos del Código de 1928, respecto de este tipo de divorcio, se dijo que es cierto que sea de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución, lo es también el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los sagrados intereses de los hijos, y en forma alguna se perjudican derechos de terceros, debe disolverse el vínculo matrimonial con toda rapidez, y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario, será de interés general el disolver una situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la institución matrimonial.

El divorcio voluntario de tipo judicial quedaba destinado a los cónyuges que no reunieran los extremos para proceder al divorcio administrativo, es decir, si había hijos en el matrimonio, o bien si el matrimonio se celebró bajo el régimen de sociedad conyugal, el cual se decreta por sentencia, dictada por el juez competente, disolviendo el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, en caso de existir.

3. Tipos de divorcio

El Código Civil para el Distrito Federal sigue estableciendo los dos sistemas de divorcio: vincular y separación de cuerpos. Sólo que el divorcio vincular ahora puede tramitarse en forma administrativa y a través del nuevo tipo de divorcio denominado expedito o sin causa, que enseguida se describen.

Los hábitos de juego, o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas y enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

El mutuo consentimiento".

La enumeración que antecede es de carácter limitativo y no ejemplificativo por lo que cada causal tiene carácter autónomo y no pueden involucrarse unas con otras, ni ampliarse por analogía, ni por mayoría de razón. Es la autonomía de las causales.

¹¹ Su origen se encuentra en los artículos 91 y 92 del Código de la Familia de la Rusia Soviética.

A) Separación de cuerpos

El cónyuge que no desee romper el vínculo puede solicitar al juez que se suspenda la obligación de cohabitar con su cónyuge.¹² Así lo prescribe el artículo 277, y el juez, con conocimiento de causa, puede decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

El cónyuge puede solicitar la separación de cuerpos, siempre y cuando el otro cónyuge padezca enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria; padezca impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga origen en la edad avanzada o padezca trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción.

El legislador establece este remedio y permite la separación de cuerpos, ya que existe un estado patológico en el que se encuentra uno de los cónyuges, sin que medie culpa imputable al esposo enfermo. La sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos produce el efecto de autorizar la vida separada de los cónyuges, y, como consecuencia de ello, quedan relevados de prestarse débito conyugal,¹³ quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el vínculo matrimonial. Se trata de una verdadera dispensa de la vida en común.

Las enfermedades padecidas por uno de los cónyuges deben ser incurables y además contagiosas o hereditarias; pero tratándose de la enajenación mental, sólo se requiere que sea incurable, exigiendo la declaración de interdicción, y para el caso de la impotencia que ésta no sea producto de la edad avanzada.

B) Divorcio vincular

Este sistema de divorcio, a diferencia del anterior, tiene como finalidad el rompimiento del vínculo matrimonial, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo. De acuerdo con el Código del Distrito Federal puede ser voluntario de tipo administrativo o el nuevo tipo de divorcio denominado incausado.

a. Divorcio voluntario administrativo

Es una forma de divorcio que prevé la ley para cuando los cónyuges están de acuerdo para que se realice, siempre que tengan un año o más de matrimonio

¹² DE PINA VARA, RAFAEL expresa que no es un verdadero divorcio, ya que simplemente se crea una situación de relajamiento del vínculo matrimonial, que no lo destruye. *Elementos de derecho civil mexicano*, 9a. ed., Porrúa, México, 1978.

¹³ GALINDO GARFÍAS, IGNACIO. *op. cit.*, p. 585.

y no estén en juego los intereses de los hijos e hijas o éstos ya son mayores de edad, la cónyuge no se encuentre embarazada y no requieran de alimentos, y puede disolverse el matrimonio con toda rapidez, ya que las facilidades otorgadas para su obtención se disminuyen a la sola voluntad de las partes, sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial, sino con la sola participación del juez del Registro Civil, quien consigna la voluntad de los consortes en un acta, previa identificación de los cónyuges y ratificación en el mismo acto de su solicitud de divorcio y ello es suficiente para considerar disuelto el vínculo matrimonial.

El acta levantada declara divorciados a los cónyuges, y se ordena la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior. Se trata de un procedimiento simplificado que, como se dijo en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, no afecta derechos de terceros.¹⁴

El artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal señala que transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos consortes convengan en divorciarse, sean mayores de edad, y hubieran liquidado la sociedad conyugal de bienes, si bajo ese régimen patrimonial se casaron, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o, teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. Se presentarán personalmente ante el juez del registro civil; comprobarán con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explícita su voluntad de divorciarse. El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos y entonces aquéllos sufrirán las penas que establezca el código de la materia.¹⁵

b. El divorcio expedito incausado

En este nuevo tipo de divorcio que se regula en el artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal, como señalaba líneas arriba, se puede observar una composición entre los tipos de divorcio, denominados antes voluntario judicial¹⁶ y contencioso.¹⁷ Todavía subsistente en todas las entidades federativas de la República mexicana.

¹⁴ ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. *Derecho civil mexicano*, t. II: *Derecho de familia*, 10a. ed., Porrúa, México, 2003 p. 417.

¹⁵ Los códigos represivos no señalan ninguna sanción a quienes violen este precepto.

¹⁶ Que procedía cuando los cónyuges que no se encontraban en el supuesto para que procediera el divorcio voluntario de tipo administrativo, podían divorciarse por mutuo consentimiento, de tipo judicial, que se va a decretar por sentencia dictada por la autoridad judicial, con base en un convenio que fije la situación jurídica de los hijos, de los cónyuges y de los bienes; quien disuelve el vínculo matrimonial y en caso de existir, la sociedad conyugal.

¹⁷ Este tipo de divorcio procedía cuando existía una o varias causas imputables a uno de los cónyuges, o en su caso, imputables a los dos, en donde uno demandaba y el otro reconvenía. El proceso se tramitaba en la vía ordinaria civil

La característica sustancial del nuevo tipo de divorcio, al que se le ha denominado popularmente “exprés”, consiste en que se derogan las tradicionales causales de divorcio y el divorcio voluntario tipo judicial, y tiene como principal efecto el de divorciar a los cónyuges, que es el motivo del juicio, y quedan en aptitud de contraer un nuevo matrimonio. Pero sobre todo puede ser promovido por ambos cónyuges o unilateralmente y con la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que para ello se señale causa alguna; siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del matrimonio.

El cónyuge que promueva el juicio unilateralmente debe anexar a su solicitud una propuesta de convenio que regule las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial donde se fije la situación jurídica de los hijos (guarda y custodia, derecho de convivencia con el otro cónyuge, el modo de subsanar alimentos) de los cónyuges (el uso del domicilio y menaje) y de los bienes (administración y liquidación de la sociedad conyugal y en el caso de separación de bienes la compensación a que haya lugar).¹⁸

La solicitud de divorcio y convenio propuesto se le debe de notificar al otro cónyuge, y en una audiencia de conciliación se puede agotar el procedimiento obteniendo el resolutivo de divorcio sin más trámite. Es indispensable que se notifique al otro cónyuge, de lo contrario no procede, tampoco en caso de fraudes con bienes de la sociedad conyugal.

ante el juez que en turno correspondía, por persona capaz y legitimada procesalmente para accionar, planteando una cuestión litigiosa, fundando hechos que impedían la subsistencia de las relaciones conyugales previstas como causas de divorcio en el código civil, por supuesto que la nota esencial era que debían ser debidamente probadas en el juicio para obtener del juez competente una sentencia que decretaba el divorcio solicitado.

¹⁸ Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

- i. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;
- ii. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;
- iii. El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;
- iv. Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;
- v. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;
- vi. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

En la contestación de la demanda, el cónyuge demandado puede manifestar su conformidad con el convenio presentado, o bien presentar una propuesta propia de convenio. Se señala una audiencia previa y de conciliación a los diez días de contestada la demanda o reconvenición, dando vista a la parte que corresponda de las excepciones que fueran interpuestas en su contra por el término de tres días.

Los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia de las partes en el convenio propuesto. Las limitaciones formales de la prueba que rigen en la materia civil no deben aplicarse en los casos de divorcio respecto del o de los convenios propuestos.

Si los dos cónyuges quedan de acuerdo respecto del convenio, el juez lo aprueba de plano, decretando el divorcio mediante sentencia; en cambio, si existe conflicto entre las partes respecto al convenio, el juez decreta el divorcio y deja a los cónyuges expedito el derecho para que la situación jurídica de los hijos y bienes pueda resolverse en etapas inmediatas pero posteriores por la vía incidental, para salvaguardar los derechos de los menores y los bienes que integran la sociedad conyugal.

4. Los efectos del divorcio

Se clasifican en provisionales, derivados de la admisión de la demanda, y definitivos, producidos por la sentencia.

A) Medidas provisionales en el juicio de divorcio

Mientras dure el procedimiento, hasta antes de dictar sentencia interlocutoria que atañen a la persona de los cónyuges y de los hijos, así como a los bienes de los esposos referentes a las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y respecto a los hijos, el juez de lo familiar puede dictar medidas provisionales para salvaguardar sus derechos.

El artículo 282 establece que desde la presentación de la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes, las cuales podrán subsistir hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda, en los casos de divorcio que no se lleguen a concluir mediante convenio de la siguiente manera:

De oficio, el juez de lo familiar, en los casos que considera pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, toma las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tiene la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas.

En su caso, señala y asegura las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos.

Si es necesario, estima las medidas convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordena, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes.

Por último, puede revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 del Código Civil.

Contestada la solicitud, el juez de lo familiar determina, con audiencia de parte y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continúa en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que permanezcan en ella y los que se lleva el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de su profesión, arte u oficio, debiendo informar el nuevo lugar de su residencia.

Coloca a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, con la posibilidad de compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo, el juez de lo familiar resuelve conforme al título décimo sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad. Los menores de doce años deben quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No es obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

El juez puede resolver teniendo presente el interés superior de los hijos —quienes son escuchados— las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.

También el juez de lo familiar requiere a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como de los que se encuentran bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el

valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento recaba la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise. En general, el juez de lo familiar puede estimar otras medidas que considere necesarias.

B) Efectos definitivos por la sentencia

Desde luego que son los de mayor trascendencia porque se van a referir ya a la situación permanente en que quedarán los divorciados, sus hijos y sus bienes.

En relación con la persona de los divorciados, en primer término, los cónyuges recobran su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El juez puede resolver el pago de alimentos¹⁹ en favor del cónyuge, que teniendo la necesidad de recibirlos durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar o al cuidado de los hijos, o que esté imposibilitado para trabajar, o carezca de bienes, tomando en cuenta las siguientes circunstancias: la edad y el estado de salud de los cónyuges; su calificación profesional y posibilidad de acceso a un empleo; duración del matrimonio y dedicación pasada y futura a la familia; colaboración con su trabajo en las actividades del cónyuge; medios económicos de uno y otro cónyuge, así como de sus necesidades, y las demás obligaciones que tenga el cónyuge deudor.

En la resolución se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.

El juez de lo familiar también resolverá en caso de desacuerdo sobre la procedencia de la compensación que hayan fijado los esposos en el convenio, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, para uno de los ex cónyuges, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido durante el matrimonio, siempre que hubieran estado casados bajo el régimen de separación de bienes, y se haya dedicado, en el lapso en que duro el matrimonio, al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos; no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de la contraparte.

En relación con los bienes de los cónyuges, tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 del Código Civil, el juez

¹⁹ ROJINA VILLEGAS RAFAEL dice que "[...] es un efecto que generalmente se estudia en el apartado de los bienes y no de la persona de los cónyuges, pero que es aquí donde debe de considerarse porque atañe directamente a la subsistencia del cónyuge [...]", *op. cit.*, p. 553.

de lo familiar fijará lo relativo a la división de los bienes, y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación con los hijos. Los ex cónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos en favor de los hijos.

En relación con los hijos de los cónyuges, por supuesto que la situación jurídica de los hijos no se altera con la sentencia de divorcio, por el contrario, fija la situación de los hijos menores de edad, por lo tanto, el juez, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento se allegará de los elementos necesarios, escuchará al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores, y con base en ello resolverá:

- a) Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores; así como a asegurar sus alimentos.
- b) Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno, así como las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.
- c) Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Así como todas aquellas medidas que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.
- d) Para el caso de que haya hijos mayores de edad incapaces y estén sujetos a la tutela de alguno de los ex cónyuges, en la sentencia de divorcio también deberán establecerse las medidas que se señalan líneas arriba para su protección.
- e) En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado b del artículo 282, el juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

f) Finalmente, el artículo 285 impone que el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

5. Causas que ponen fin al divorcio

- La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.
- La reconciliación de los cónyuges pone término al procedimiento de divorcio en cualquier estado en que se encuentre. Para tal efecto los interesados deberán comunicar su reconciliación al juez de lo familiar.

6. Publicidad del divorcio

Ejecutoriada una sentencia de divorcio, el juez de lo familiar, bajo su más estricta responsabilidad, remitirá copia de ella al juez del Registro Civil ante quien se celebró el matrimonio para que levante el acta de divorcio, haga la anotación correspondiente en la del matrimonio disuelto, y, además, para que publique un extracto de la resolución, durante quince días, en las tablas destinadas al efecto.

Por otro lado, el sistema de separación de cuerpos pervive para aquellos casos en que uno de los cónyuges no quiera pedir el divorcio y sólo desee que se suspenda su obligación de cohabitar con su cónyuge, cuando éste padezca cualquier enfermedad incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria; impotencia sexual irreversible, siempre y cuando no tenga su origen en la edad avanzada o trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo. El juez, con conocimiento de causa, puede decretar esa suspensión; quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.

7. Reflexión final

El matrimonio es la institución por excelencia para constituir una familia, cuyo fin es la ayuda mutua, el socorro, la convivencia, la cohabitación, etcétera, y el Estado ha realizado todos los medios para protegerlo y preservarlo, sin embargo, tampoco puede cerrar los ojos ante aquellas situaciones en donde esos fines ya

no se cumplen y los esposos deciden disolver el vínculo matrimonial que los une cuando se vuelve desafortunado.

Esta figura tiene un largo camino en nuestro país, y, como se pudo observar, ha tenido una larga evolución hasta llegar al divorcio incausado que se regula en el Código Civil para el Distrito Federal, que es una composición entre el divorcio necesario y divorcio voluntario en vía judicial, estableciendo un procedimiento expedito en el cual no se tiene que probar ya ninguna causa que origine el rompimiento matrimonial, con la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio, y puede proponerse unilateral o bilateralmente. ■

Internet y el derecho al honor de los menores*

The Internet and children's rights

María del Mar Heras Hernández**

RESUMEN

El uso masivo por los menores de internet como vehículo habitual para transmitirse todo tipo de informaciones y opiniones comporta la necesidad de habilitar nuevos y eficaces instrumentos jurídicos en aras de garantizar sus derechos fundamentales. El análisis del marco jurídico de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español; la concepción del derecho al honor como un bien jurídico absolutamente irrenunciable; la mención de las intromisiones ilegítimas típicas al derecho al honor de los menores divulgadas por internet, así como la aproximación a la responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas al derecho al honor de los menores, constituyen el recorrido básico de este estudio, siempre desde la obligada dimensión que introduce el artículo 18.4 CE.

PALABRAS CLAVE: *Internet y menores, internet y derecho al honor, menor y honor.*

ABSTRACT

The massive use of the Internet by children as a usual vehicle for the transmission of all types of information and opinion, involves the need to enable new and effective legal instruments in order to ensure their fundamental rights. The basic lines of this study are the analysis of the legal framework for the protection of fundamental rights in the Spanish legal system; of the right to honor as an essential legal right; of typical unlawful interference of children's right to honor spread via Internet, and the approach to civil liability derived from unlawful interference to the right to honor children.

KEY WORDS: *Internet and children, Internet and the right to honour, child and honour.*

* Recibido: 27 de enero de 2012. Aceptado: 1 de marzo de 2012.

** Profesora titular de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.
(mariammar.heras@urjc.es).

Sumario

1. Presentación
2. Marco jurídico de la protección intensificada de los derechos fundamentales de los menores
3. El derecho al honor de los menores: su indisponibilidad absoluta
4. Intromisiones ilegítimas al derecho al honor de los menores a través de internet
5. Aproximación a la responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegítima al derecho al honor en el ordenamiento jurídico español
6. Conclusiones

1. Presentación

La protección integral de los menores se constituye en uno de los pilares básicos de nuestro sistema de convivencia. El artículo 10 de la Constitución española del 27 de diciembre de 1978 declara como bases fundamentales del orden político español, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, este último íntimamente ligado con la protección a la infancia. Por otro lado, el uso generalizado de internet, el acceso a productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y la habitual utilización de las distintas redes sociales por los menores se ha convertido en una práctica habitual para el intercambio de todo tipo de opiniones, ideas e informaciones, generando la preocupación que todos compartimos en torno al control de los contenidos e informaciones de las páginas *web* consultadas por los menores; el acceso a determinados productos o la utilización de internet para expresar opiniones e informaciones que pueden ser consideradas como auténticas vulneraciones de los derechos fundamentales de otros menores.

En efecto, los artículos 12 y 39 de la Constitución española, en su segundo y tercer inciso, contemplan la minoría de edad como una etapa de la vida de las personas que se caracteriza por la imposibilidad, en mayor o menor medida, de autoproporcionarse una protección integral en el ejercicio de los derechos, precisándose de mecanismos de protección externa asumida con carácter principal por los padres o, en su defecto, por los tutores o guardadores, y en último extremo por las entidades públicas.

Esta realidad impone la necesidad de afrontar un nuevo reto jurídico: la protección eficaz de los derechos fundamentales de las personas en general, y de los menores en particular¹ que hacen uso de internet, pues son numerosos los

¹ Debemos referirnos a la Directiva 2002/58/CE, del 12 de julio, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE,

supuestos en los que se utiliza esta plataforma para menoscabar la estima de un menor o grupo de menores; para reproducir imágenes no autorizadas, exponer a menores en situaciones vejatorias o denigrantes o que desvelan y difunden aspectos íntimos de la vida personal o familiar de los mismos.

Por lo demás, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, participan de la doble naturaleza de derechos fundamentales y derechos de la personalidad, y se encuentran íntimamente relacionados entre sí, pues resulta que con mucha frecuencia las intromisiones ilegítimas que consisten en la reproducción de imágenes por internet, dañan el honor de un menor, o la difusión de informaciones que desvelan aspectos íntimos de la persona del menor o su familia tienen como última finalidad menoscabar la honra y la consideración social del menor o de una persona próxima a su núcleo familiar. De este modo, el derecho al honor se convierte en el centro sobre el que gravita el resto de derechos, y a él, precisamente, dedicamos este estudio, centrándonos con carácter principal en dar respuesta, alguna de ellas siquiera brevemente, a tres cuestiones que me he planteado *prima facie*:

- ¿Existe verdaderamente un marco jurídico de protección reforzado cuando se vulneran derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a menores?
- ¿Cómo se ventila la responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas al derecho al honor, en el caso español?
- En íntima relación con la anterior, también cabe plantearse ¿qué incidencia tiene el que las intromisiones ilegítimas al derecho al honor de los menores se lleven a cabo por internet?

2. Marco jurídico de la protección intensificada de los derechos fundamentales de los menores

En relación con la primera cuestión planteada, se constata cómo los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales² en igualdad de condicio-

del 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica también la Directiva 2002/22/CEE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Esta Directiva (2009/136/CE) no ha sido objeto de transposición. Sobre el impacto de internet en el nuevo entendimiento de la protección de los derechos fundamentales, puede consultarse FERNÁNDEZ ESTEBAN, MARÍA LUISA. *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

² Quizá convenga hacer alusión aquí y ahora a la modificación que recientemente ha experimentado la redacción del artículo 30 del Código civil español con motivo de la aprobación de la nueva Ley de Registro Civil de 2011, del 29 de junio. La redacción actual de esta norma reza como sigue: "la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".

nes que el resto de los sujetos, y de modo particular del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen. Así, la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM), consagra *expressi verbis* que “los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones” (artículo 4.1).

Presupuesto esto, el artículo 3 de la LOPJM, en armónica consonancia con lo establecido en el artículo 10.2 CE, y 39.4,³ declara que:

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier circunstancia personal, familiar o social.

En clara consecución con el dictado de la norma, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.1 de las Reglas Beijing, relativo tanto al derecho a la intimidad, como al derecho al honor, así como el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, al declarar que: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

También debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en el que se reconoce la libertad de expresión, limitado en su ejercicio con base en la reputación de los demás, y los derechos ajenos.

Ya en el ámbito interno, si bien es cierto que nuestro Código Civil no contempla de manera explícita los derechos de la personalidad, puede afirmarse que el reconocimiento de los mismos es muy amplio en el derecho español. Así, el artículo 18.1 de la Constitución española, que en armónica consonancia con lo que disponen los artículos 20.4 y 39.4 del texto constitucional, declara a tales

³ Al reconocer el primero de ellos que las normas referidas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España. Por su parte, el artículo 39.4 declara que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

efectos, con carácter general, que: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Conforme al apartado cuarto de este mismo precepto constitucional: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Al quedar incluido en la sección primera del capítulo segundo, goza de la protección cualificada que dispensa el artículo 53.2 CE, al declarar que:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

De este modo se habilitan tanto la vía procesal ordinaria, como la jurisdicción constitucional mediante el procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE, o mediante la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, siempre que la injerencia proceda de los poderes públicos, ex artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁴ Debe añadirse que el ejercicio de las acciones tendentes a la protección civil de los derechos de la personalidad de los menores corresponderá a sus representantes legales, y en todo caso al Ministerio Fiscal, quien puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, ya sea física, jurídica o entidad pública según determina el artículo 3.4 LOPJM.

Junto a la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela estos derechos independientemente a la mayoría o minoría de edad de su titular, se encuentra la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, del 15 de enero de 1996, ya mencionada, que articula un régimen especial frente a las intromisiones del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, perpetradas principalmente por los medios de comunicación.

En este orden de cosas, no deben soslayarse las Leyes Orgánicas 2/1984, del 26 de marzo que regula el derecho de rectificación, y la del 15/1997, del 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal. Por su parte, el párrafo

⁴ Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con sus modificaciones más recientes, entre ellas, aquéllas operadas con motivo de las Leyes Orgánicas 6/2002, del 24 de mayo y 1/2010, del 19 de febrero. La disposición transitoria 2a. de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, se remitía a las secciones II y III de la Ley 62/1978, del 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, derogadas por la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, del 7 de enero, respectivamente. Es por ello que este cauce ha quedado carente de contenido.

segundo del artículo 7 de la Ley 7/2010, del 31 de marzo, Ley General de la Comunicación Audiovisual,⁵ extiende su ámbito protector no sólo al derecho a la imagen del menor, sino también a su intimidad, y por ende su derecho al honor, al declarar que la imagen y la voz de los menores no puede ser utilizada en los medios de comunicación audiovisual sin el consentimiento del propio menor o de su representante legal, toda vez que declara que “[...] está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos que permitan la identificación de los menores en el contexto de hechos delictivos o emisiones que discutan su tutela o filiación”.

En relación con las distintas leyes autonómicas que regulan el amplio marco de protección a la infancia y adolescencia que existe, destacaría las normas contenidas en los artículos 72 y 73 de la Ley Valenciana de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, Ley 12/2008, del 3 de julio, referidos éstos a la protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, internet y videojuegos, así como a la publicidad emitida para los menores.⁶

Definitivamente, el derecho español ha articulado un entramado normativo muy amplio, con la finalidad de dotar a los menores de una protección reforzada en el ejercicio del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y ello precisamente en atención a su condición de menor y a su situación de especial de vulnerabilidad. En este sentido, la Instrucción 2/2006, del 15 de marzo, sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores declara a tal efecto que:

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Estas garantías se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia

⁵ El artículo 4.4 de la Ley de Comunicación Audiovisual declara con carácter general que: "La comunicación audiovisual debe respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica. Todo ello en los términos previstos por la normativa vigente".

⁶ Artículo 72. Protección del menor frente al uso de servicios telefónicos, Internet y videojuegos. 1. Los operadores de telecomunicaciones deberán adoptar las medidas técnicas y jurídicas necesarias para garantizar la protección de los menores, como usuarios de la telefonía, la televisión e Internet, frente al acceso a informaciones, programas y servicios de contenido violento, racista, homófobo sexista, pornográfico o que puedan resultar perjudiciales para la seguridad, la salud y la formación del menor. A tales efectos, informarán y pondrán a disposición de los padres o representante legal del menor los medios y dispositivos técnicos para impedir el acceso y utilización de contenidos y servicios prohibidos a menores o perjudiciales para su formación. En todo caso, los padres deberán tener un especial cuidado en cuanto al uso de internet por parte de los menores, en relación con las páginas de contenido dañino. 2. La Generalitat adoptará todas las medidas necesarias para garantizar el efectivo cumplimiento de estas medidas. Referidos también al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: artículo 17 de la Ley Foral de la Infancia y Adolescencia de Navarra, Ley Foral 15/2005, del 5 de diciembre; artículo 17 de la Ley de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y Adolescencia de Cantabria, Ley 8/2010, del 23 de diciembre; artículo 36 de la Ley de Protección de Menores de Cataluña, Ley 14/2010, del 23 de mayo.

imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

Esta intensificación se ha puesto también de relieve en la propia doctrina del Tribunal Constitucional (STC No. 134/1999, del 15 de julio), de modo que el ejercicio de los derechos por los menores se antepone a cualquier otro derecho.

3. El derecho al honor de los menores: su indisponibilidad absoluta

El derecho al honor se concibe como un bien jurídico de contenido indeterminado o abstracto, en constante evolución, que se concreta, en cada caso, en atención a las leyes, valores y usos sociales vigentes en cada momento.⁷ A su vez, participa de la naturaleza de los derechos de la personalidad,⁸ inherente a la persona⁹ y con los caracteres que les son propios, esto es, la irrenunciabilidad,

⁷ El artículo 2.1, LO 1/1982, declara al efecto que: "La protección civil del honor, de la intimidad y del derecho a la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

El TC se ha ocupado de la colisión del derecho al honor (artículo 18.1, CE) y el derecho a la información (artículo 20, CE). Así, la STC 180/1999, del 11 de octubre. Ponente D. Carles Viver Pi-Sunyer, declara (FJ4º) que: "Dado que el derecho al honor posee un objeto determinado («el honor») y no se reduce a un simple derecho de reacción frente al incumplimiento de una prohibición constitucional de revelar o divulgar información de alguien, no se lesiona por el simple hecho de que un tercero, sea particular o el Estado, realice determinadas conductas, como la que consisten, en divulgar información u opinar sobre esa persona. Es más, esa conducta puede ser ilícita (caso de consistir en una publicidad comercial prohibida o una forma de competencia desleal) o no estar protegida por el artículo 20.1, CE (por ejemplo, la divulgación de meros rumores o invenciones) y sin embargo, no lesionar el derecho al honor ajeno porque simplemente no han "mancillado" su honor en los términos en que este viene definido".

Referidas al honor como derecho fundamental reconocido constitucionalmente, la STC 223/1992 del 14 de noviembre, Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende. En la misma se declara que: "El contenido al derecho al honor es lábil y fluido, y en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, "dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (STC 18/1989 (RTC 1989\185). En tal aspecto parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencias que interesan al hombre de nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres (según perdura todavía en una de las acepciones del diccionario) era un componente importante, al igual que el valor o coraje del varón, hoy como ayer son la honradez y la integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores".

Por su parte, la STC 170/1994 del 7 de junio. Ponente D. Rafael de Mendizábal Allende. En su FJ 3º se declara que: "El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (artículo 7.7, LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien, o que fueran tenidas en el concepto público de afrentosas".

También puede consultarse la STC 49/2001 del 26 de febrero. Ponente D. Guillermo Jiménez Sánchez.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. "Los derechos de la personalidad", en *RGLI*, julio-agosto de 1952, pp. 6 y ss. DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. "Los llamados derechos de la personalidad", en *ADC*, t. XII, 1959, pp. 1237 y ss. LÓPEZ JACOISTE, JOSÉ JAVIER. "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *ADC*, octubre-diciembre de 1986, pp. 1059 y ss. CLAVERÍA GONSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO. "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo", en *ADC*, julio-septiembre de 1983, pp. 1243-1261.

⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. "Derecho al honor", en *Actualidad Civil*, 1/1990, pp. 3 y ss.

inalienabilidad e imprescriptibilidad ex artículo 1.3 LO 1/1982, su carácter absoluto, su oponibilidad *erga omnes* y su esencialidad.

En relación con la indisponibilidad del derecho al honor debe señalarse como, en atención a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982,¹⁰ en consonancia con lo dispuesto por los artículos 154.3, 156.2 y 162 del Código Civil, se admite la posibilidad de que los menores, con madurez suficiente, puedan disponer de estos derechos de la personalidad prestando previamente su consentimiento, por lo que en tal caso no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima. De otra forma, es decir, cuando carezca de dicha capacidad, el consentimiento deberá prestarse por los representantes legales por escrito, previo conocimiento del Ministerio Fiscal, quien puede oponerse en el plazo de ocho días. Pese a la regla general de la disponibilidad de estos derechos, no me cabe duda de que debe sostenerse la indisponibilidad del derecho al honor en atención a los siguientes argumentos:

- a) El derecho al honor carece de contenido patrimonial, de modo que no puede ser objeto del tráfico jurídico.¹¹
- b) Tratándose del menor, el reconocimiento de su capacidad para autorizar intromisiones ilegítimas, en general, plantea serias dudas en cuanto a si este consentimiento se presta de manera libre, consciente, de consecuencias difícilmente evaluables; pero, además, la posibilidad de autorizar dichas intromisiones ilegítimas se encuentra claramente relativizado e incluso minimizado cuando este acto de disposición resulta contrario a sus propios intereses ex artículo 9.3 LOPJM, lo que sucede siempre respecto al honor, pues no logro imaginar un solo supuesto en el que la autorización de la divulgación de manifestaciones difamatorias que vulneren la dignidad del menor pueda repercutir en su beneficio, habida cuenta de que la dignidad de la persona es un valor supremo, “base primaria de su personalidad”,¹² y por tanto, absolutamente inquebrantable. Se ha apuntado que esta aparente inclusión del derecho al honor como objeto de disposición obedece a la defectuosa técnica jurídica utilizada por el legislador al unificar la

¹⁰ El artículo 3 de la LO 1/1982 dispone que:

“1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediando escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez”.

¹¹ SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ. *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, p. 183.

¹² DE COSSIO, MANUEL. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 59.

regulación referida a los tres derechos, sin distinción alguna entre ellos, debiéndose considerar que cuando el artículo 1.3 de la LO 1/1982 declara la nulidad de la renuncia a la protección se está refiriendo al derecho al honor, y que los actos de disposición llevados a cabo mediante la autorización expresa del titular del derecho (artículo 2.2 LO 1/1982) se encuentran referidos exclusivamente a la intimidad personal y al derecho a la propia imagen.¹³

- c) Pero aún es más, si el acto de disposición se llevara a cabo por los representantes legales del menor, éste es contrario a su propio interés (artículo 4.3 LOPJM, en su inciso final), de consecuencias futuras difícilmente evaluables, que supone una actuación inadecuada al normal ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o de la tutela, ex artículos 154 y 216 del Código Civil y la vulneración de la obligación que impone el párrafo quinto del artículo 4 LOPJM, al declarar que los padres o tutores y los poderes públicos respetarán este derecho y los protegerán frente a posibles ataques provenientes de terceros, sabiendo que la dignidad es un valor supremo de la persona “y base primaria de su personalidad”, de modo que el ejercicio de las acciones de protección del derecho al honor constituyen un auténtico deber.

Ad abundantia maior, el negocio jurídico de autorización a la intromisión ilegítima al honor es contrario a la ley, a la moral y al orden público (artículos 1255 y 1271 del Código Civil).¹⁴

No pueden soslayarse las enormes dificultades prácticas que presenta la aplicación de la norma contenida en el artículo 3 de la LO 1/1982, y ello como consecuencia de algunas carencias legales que se detectan en relación con determinados aspectos primordiales como los relativos a cómo se determina la

¹³ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO. “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, REGLERO CAMPOS (coord.). *Tratado de responsabilidad civil*, 2a. ed., Aranzadi, 2003, pp. 1220 y 1221. Estamos totalmente de acuerdo con el autor cuando pone de manifiesto que: “Pero lo que no cabe es un negocio dispositivo sobre el honor o dignidad personal por el que su titular autoriza a otro a ser deshonrado [...]. Semejante pacto no soportaría la criba del artículo 10 de la Constitución”. En el mismo sentido, LÓPEZ DÍAZ, ELVIRA. *El derecho al honor y el derecho a la intimidad*, Dykinson, 1996, p. 59, al poner de manifiesto que: “Esta abdicación que puede resultar comprensible en los derechos a la intimidad y propia imagen, resulta inconcebible con relación al derecho al honor [...] Pero el derecho al honor no puede ser objeto de desprendimientos parciales, el honor se tiene o no se tiene y si se dispone de él, probablemente, no se vuelva a recuperar jamás”.

¹⁴ DE COSSIO, MANUEL. *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 63, al poner de manifiesto que: “[...] el fenómeno de la patrimonialización podría no ser aplicable al derecho al honor, en cuanto es un valor de mayor rango que los demás y además, porque dichas renunciaciones, mediante el negocio de autorización, podrían suponer, en cuanto afectaren al honor, actos o negocios jurídicos contrario a la ley, al orden público o a la moral, en contradicción con lo dispuesto en los artículos 1.255 y 1.271 del Código Civil, y vulnerarían el principio constitucional de dignidad de la persona”.

madurez del menor —ante la falta de la indicación de una edad mínima—, cómo se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado por los representantes legales, o los criterios que sirven para justificar la oposición del Ministerio Público.¹⁵ La Instrucción No. 2/2006 del 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores recomienda, en relación con el ejercicio de la tutela de tales derecho, la conveniencia de la ponderación de las circunstancias concretas del caso, valorando las repercusiones que pueda tener sobre un menor concreto la incoación de un procedimiento judicial.¹⁶

Por otra parte, es necesario resaltar cómo cada vez son más numerosas y frecuentes las muestras de renuncias al derecho a la intimidad y a la propia imagen, provenientes de los propios menores, quienes proporcionan datos y difunden imágenes propias y ajenas sin el consentimiento de los menores afectados o de sus representantes legales. De este modo, son ellos mismos quienes delimitan el alcance y contenido del ámbito de protección de sus derechos al honor, a la imagen e intimidad, renunciando, a menudo, de forma indiscriminada. La cuestión es saber si realmente son conscientes y maduros para entender el alcance de estas disposiciones y de sus consecuencias en un futuro.

4. Intromisiones ilegítimas al derecho al honor de los menores a través de internet

Como ejemplos que pueden servir para ilustrar las intromisiones ilegítimas al derecho al honor utilizando el ámbito de internet se encuentran: expresiones, mensajes, imágenes o fotomontajes que tengan el propósito de provocar el desprestigio del menor entre sus compañeros, amigos o familiares (atentatorios claramente de su consideración social), además del desmerecimiento que provocan en sí mismo. No es elemento esencial para declarar la intromisión ilegítima al derecho al honor la divulgación, siendo suficiente la mera imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor mediante acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen su dignidad o atenten contra su propia estima (artículo

¹⁵ Sobre la participación del Ministerio Fiscal puede consultarse en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO. "La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización por menores e incapacitados a las intromisiones al honor, intimidad y derecho a la propia imagen", en *Revista General de Derecho*, No. 475, abril de 1984, pp. 659 y ss.

¹⁶ "Habrán de evitar los Sres. Fiscales injerencias improcedentes en las facultades inherentes a la patria potestad, procurando no incurrir en la paradoja de accionar contra la voluntad de los padres que prefieren soslayar la posible mayor difusión de la información que en muchas veces se deriva del seguimiento de un proceso judicial. En este sentido habrá de ponderarse en su caso el riesgo y el impacto que pueda generar el denominados de *streptitus fori*".

7.7 LO 1/1982). Entre las prácticas más frecuentes constitutivas de auténticas intromisiones ilegítimas en el derecho al honor de los menores cabe incluir: manifestaciones, mensajes, dibujos, consideraciones o expresiones divulgadas en redes sociales, foros, blogs, correos electrónicos, móviles, que menoscaben su dignidad como persona. Acusar al menor de haber cometido algún delito a sabiendas que tal acusación es falsa —la divulgación por internet se considera un agravante—. La organización por internet de concursos en los que se premia al compañero más raro, más feo [...] etcétera, y, por tanto tiene como finalidad la denigración de éste. También debe incluirse la creación de perfiles falsos con la finalidad de almacenar información falsa sobre un menor. Subir a internet grabaciones de menores en situación vejatoria, o que sirva como ejemplo real el subir el fotomontaje en el que aparece el rostro de un menor musulmán perfectamente identificado, al que se superpone parcialmente una cabeza de cerdo.

5. Aproximación a la responsabilidad civil derivada de la intromisión ilegítima al derecho al honor en el ordenamiento jurídico español

Se hace alusión a un triple orden de responsabilidad:

- La referida al menor autor de un ilícito penal (falta o delito de injurias).
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de comunicaciones audiovisuales y de operadores de comunicaciones electrónicas.
- La responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El régimen de responsabilidad civil del menor (mayor de 14 años y menor de 18), autor de un ilícito penal (falta o delito de injurias o calumnias),¹⁷ se recoge en los artículos 61 a 64 LORPM, Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero. El artículo 63.1 de la LORPM dispone que:

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

¹⁷ El sujeto pasivo puede serlo tanto un menor, como un adulto, siendo cada vez más frecuente la llamada ciberhumillación dirigida a profesores utilizando la plataforma de las distintas redes sociales.

En esta norma se declara la responsabilidad solidaria de los menores y los distintos “responsables legales”, pero debe señalarse que lejos de establecer un orden de fijación sucesiva de quienes les tienen a su cargo, la responsabilidad corresponde a quienes ostenten el cuidado efectivo del menor. Por otra parte, tras declararse la responsabilidad solidaria, debe admitirse, no obstante, la moderación judicial cuando se acredite que los responsables no favorecieron la conducta del menor mediando dolo o culpa grave, o lo que es lo mismo, que el menor actuara con absoluta autonomía, sin la participación consciente en la divulgación de las manifestaciones difamatorias, o sin negligencia grave por su parte.

De inmediato me planteo si permitir el acceso de menores a internet sin alcanzar la edad legalmente estipulada o sin supervisar de manera habitual su acceso a internet no supondría una suerte de negligencia grave por parte de los responsables de dicho menor. Por mi parte, creo que la norma incurre en un grave error asimilando la responsabilidad de todos y cada uno de los “responsables legales” mencionados en la norma, pues ninguno de ellos ejerce el mismo control y autoridad sobre los menores, de modo que tal circunstancia debe valorarse convenientemente para aminorar dicha responsabilidad mediante la moderación judicial, llegando incluso a su exoneración cuando, según el caso, se acredite la ausencia de cualquier género de culpa por parte de los responsables del menor que actúa con absoluta autonomía y de forma plenamente consciente.

Si la intromisión no es constitutiva de un ilícito penal y proviene de los medios de comunicación digitales, esta responsabilidad puede ventilarse conforme a la LO 1/1982, que de manera específica articula una amplia tutela diseñada por el artículo 9.3 de dicha Ley Orgánica. En atención a la misma, la protección al derecho al honor del menor comprendería, la adopción de cuantas medidas se precisen para poner fin a la intromisión ilegítima y permitan el restablecimiento del menor en el pleno disfrute del derecho vulnerado, mediante una reparación que se extiende a la cesación de la intromisión; el derecho de rectificación y la publicación total o parcial de la sentencia a costa del condenado, con la misma difusión pública que tuvo la intromisión padecida, así como la obligación de resarcir el daño mediante el pago de una indemnización en la que ha de incluirse el daño moral *stricto sensu*,¹⁸ identificado como las consecuencias no patrimoniales (sufrimiento, angustia, inquietud, preocupación, traumas, falta de capacidad para relacionarse en sociedad o en familia), así como el daño económico indirectamente ligado al daño moral —como los gastos médicos o la aminoración

¹⁸ En cuanto al concepto de daño moral GARCÍA SERRANO, FRANCISCO DE ASÍS. “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, en *ADC*, t. xxv, 1972. p. 807, lo define como “el daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico”. LINACERO DE LA FUENTE, MARÍA. “Concepto y límites del daño moral: el retorno del *pretium doloris*”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, No. 720, julio-agosto de 2010, pp. 1559-1594.

de la actividad profesional o de la capacidad para obtener ventaja patrimonial por parte del menor—, siempre que este aspecto resulte debidamente probado.

Debe decirse que acreditada la existencia de la intromisión ilegítima al derecho al honor del menor, el daño no necesita ser probado, ya que se presume con una presunción *iuris et de iure* ex artículo 9.3 LO 1/1982. El *quantum* indemnizatorio se dejará al arbitrio judicial, dado que resulta muy difícil su cuantificación. Para su estimación se tomarán en cuenta distintos factores como la gravedad de la intromisión ilegítima; su divulgación por internet, lo que multiplica exponencialmente el daño moral generado; los comentarios o imágenes difamatorias en sí; la edad concreta del menor y sus circunstancias particulares.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios de comunicaciones audiovisuales y operadores de comunicaciones electrónicas, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 4.2 LOPJM,¹⁹ teniendo como límites infranqueables la libertad de expresión, tanto la veracidad de la noticia, como el principio general del interés superior del menor. Asimismo, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, así como la previsión legal del apartado d) del artículo 9.2 de la LO 1/1982, reconociéndose la posibilidad de que el menor perjudicado haga suyo el lucro o provecho económico obtenido con la intromisión ilegítima a su derecho al honor. Sin entrar en el fondo de esta interesante cuestión, quiero señalar que se trata de una regulación con la vocación de evitar la “rentabilidad” que la divulgación de una información difamatoria publicada en prensa o digitalmente puede comportar, ya que es verdad que las condenas indemnizatorias se veían frecuentemente compensadas por el amplio beneficio obtenido por el agente del daño.²⁰ En efecto, en el dilema de repartir los beneficios se opta por la entrega en favor del demandante.

Para terminar, y por lo que respecta a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, el régimen de responsabilidad viene determinado en atención a los diferentes servicios prestados, de modo que es preciso distinguir, en atención a la Ley 34/2002, del

¹⁹ El artículo 4.2 declara que: “La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”.

²⁰ Esta parece ser también la *ratio* de la incorporación del apartado número 8 del artículo 7 de la LO 1/1982, con motivo de la disposición final 2.2 de la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal. Según éste, tiene la consideración de intromisión ilegítima:

“8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de las víctimas”.

11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso (artículo 14 LSSICE); la responsabilidad de los prestadores de servicio que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (artículo 15 LSSICE); la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento de datos (artículo 16 LSSICE); por último, mencionar la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (*linking*) (artículo 17 LSSICE).

En cuanto a los prestadores de servicios de alojamiento y almacenamiento de datos, serán responsables en dos supuestos:

- a) Cuando tengan “conocimiento efectivo” de que la información o actividad almacenada, o que es objeto de enlace o de búsqueda, es ilícita o puede lesionar los bienes o derechos de un tercero (menor o menores) generando un daño susceptible de ser indemnizado.
- b) Cuando teniendo este conocimiento no actúan con la diligencia necesaria para retirar los datos o hacer imposible el acceso a los mismos. Se entenderá que el servidor conoce la ilicitud de esa información al que presta un servicio determinado: “cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”²¹

El artículo 16 LSSICE, en su apartado b), autoriza la utilización de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, debiéndose hacer una interpretación laxa de los mismos.²²

6. Conclusiones

Las innumerables ventajas del uso de internet en la formación y comunicación de los menores no son capaces de amortiguar los riesgos que conlleva su uso

²¹ BUSTOS LAGO, JOSÉ MANUEL. “La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la información (ISPS)”, en REGLERO CAMPOS, F. (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2a. ed., Aranzadi, 2003.

²² En esta materia resulta especialmente interesante la STS del 10 de febrero de 2011, Ponente Xiol Rios.

El motivo que da origen a esta resolución judicial es la aparición en una página web publicada en internet (alabasbarricadas.com, en el “Foro anarquista para el debate y contacto directo entre compañer@s”) de graves expresiones y fotografías atentatorias del derecho al honor de un conocido cantante y presentador de televisión.

inadecuado. Además de la necesidad de concienciar de los riesgos que comporta el manejo de internet, es preciso, desde el orden jurídico, acometer una mejora de los distintos instrumentos jurídicos con los que se cuenta actualmente para garantizar una protección integral de los menores en los distintos entornos virtuales. Así se precisaría establecer mecanismos para verificar la edad del menor usuario habitual de internet; habilitar instrumentos para lograr la retirada inmediata y efectiva de las intromisiones ilegítimas referidas a un menor; imponer la obligación de notificar a los representantes legales las imágenes o manifestaciones que pueden atentar contra su honor; establecer los cauces procesales eficaces para hacer efectiva la intervención del Ministerio Público en defensa del interés superior del menor. Por otra parte, y en relación con los prestadores de servicios de comunicación audiovisual (redes de comunicaciones electrónicas, televisión y radio), se necesita articular una responsabilidad mucho más rigurosa en aras a dar cumplimiento efectivo a la obligación de seleccionar adecuadamente la programación y emisión de contenidos aptos para menores en la franja horaria protegida.

Por último, advertir que la protección integral de los menores en los entornos virtuales se encuentra hoy en un claro *impasse* seguramente a la espera de la adopción de medidas jurídicas comunes en el marco de la Unión Europea, que junto a la consiguiente adaptación de nuestra normativa actual a la incidencia real del uso de internet, doten de verdadero contenido la declaración que realiza el artículo 18.4 de la Constitución española, estableciendo que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno disfrute de sus derechos”. ■

La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social*

*Women's equal opportunities and their
right to work: an international effort
for social protection*

Luz Pacheco Zerga**

RESUMEN

La autora analiza los cambios sustanciales que han logrado los convenios internacionales en las legislaciones nacionales y en la interpretación constitucional de los derechos laborales. Para ello, profundiza en los conceptos de familia, trabajo y no discriminación desde su fundamentación antropológica y filosófica, a fin de no desvirtuar sino, más bien, consolidar, estas instituciones y favorecer la paz y el desarrollo social.

PALABRAS CLAVE: Trabajo, mujer, madre trabajadora, no discriminación, familia, derechos humanos, *o.rr.*

ABSTRACT

The author analyzes the substantial changes international conventions have achieved in national legislation and in the constitutional interpretation of employment rights. In this respect, she delves into the concepts of family, work and non-discrimination from the anthropological and philosophical foundation, not to undermine but rather consolidate these institutions and promote peace and social development.

KEY WORDS: Work, woman, working mother, non-discrimination, family, human rights, *IL.O.*

* Recibido: 3 de febrero de 2012. Aceptado: 27 de febrero de 2012.

** Profesora ordinaria principal de Derecho del trabajo en la Universidad de Piura, Perú (luz.pacheco@udep.pe).

Sumario

1. Introducción
2. Mujer y trabajo
3. Trabajo y familia
4. La protección jurídica a la mujer trabajadora en relación con el empleo: la ruta hacia la igualdad de oportunidades en los convenios internacionales
 - A) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos
 - B) La igualdad y obligación de no discriminación
 - c) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos
 - d) La discriminación y la igualdad en materia laboral
 - e) La discriminación por razón de sexo: el embarazo
5. Conclusiones

1. Introducción

La protección de la mujer trabajadora en el derecho laboral ha sufrido una transformación vertiginosa en el último siglo, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar.

El carácter tuitivo del derecho del trabajo, que desde su origen estuvo marcado por la impronta social de custodiar la dignidad de la persona que trabaja para otra en forma dependiente, viene experimentando una continua revisión de sus fundamentos e instituciones. Hoy en día se habla de la “deconstrucción” del derecho del trabajo frente a las críticas que pretenden su total desaparición ante la presión de la ideología neoliberal.¹ Sin embargo, en la relectura de esta disciplina, se aprecia más bien la metamorfosis de algunas de sus instituciones centrales, a fin de mantener el empleo en una sociedad globalizada y competitiva. En relación con la protección de la mujer que trabaja, se aprecia una evolución directamente relacionada con la mejor comprensión de su igual dignidad y de los defectos de una regulación que convirtió en excesivamente onerosa la contratación de la obra de mano femenina para el empleador.

La protección social otorgada por el derecho laboral en la primera mitad del siglo pasado tuvo matices especiales para la mujer y los jóvenes (adolescentes y niños), a quienes se les consideraba especialmente débiles para negociar, y eran prácticamente forzados a realizar una actividad necesaria pero no deseable —la

¹ Véanse, en este sentido, las reflexiones de OJEDA AVILÉS, ANTONIO. *La deconstrucción del derecho del trabajo*, La Ley, Madrid, 2010.

del trabajo— que, por tanto, debía prohibirse o limitarse en beneficio de esos trabajadores y de la sociedad en su conjunto. Por eso, la tendencia a nivel mundial —hasta fines del siglo pasado— fue la de prohibir el trabajo femenino en determinadas circunstancias, no sólo relacionadas con la maternidad o con la menor fuerza física de la mujer,² sino también otros considerados patrimonio exclusivo del varón, por considerar a la mujer menos dotada para los trabajos extra domésticos. A la vez, la conciencia social de la importancia de la maternidad y cuidado del recién nacido llevó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, a iniciar sus actividades, adoptando seis convenios, dos de los cuales se orientan a evitar que la mujer trabaje en labores que se consideraban perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Uno de esos convenios prohibió el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto,³ y el otro⁴ impedía que realizara trabajos en horario nocturno. Posteriormente se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas.⁵

En cambio, los siglos xx y xxi presentan un panorama diferente: tanto la OIT como la legislación de los países europeos y latinoamericanos, como es el caso del Perú, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva. De este modo se ha trazado una ruta para lograr la igualdad de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, a fin de que puedan acceder a un empleo en las condiciones de libertad, igualdad y seguridad exigidas por la dignidad humana. Uno de los pilares para que esta ruta no sea una mera declaración de buenas intenciones es blindar la protección a la madre trabajadora y extender al varón la titularidad de aquellos derechos-deberes que competen a ambos padres y no en exclusiva a la mujer.

La necesidad de realizar acciones positivas para desterrar la discriminación en perjuicio de la mujer en la vida laboral es innegable. A la vez, ni la legislación ni la tutela jurisdiccional pueden convertirse en una sobreprotección que vulnera los derechos del empleador, que, por un principio elemental de seguridad jurídica, tiene que normar su conducta y sus planes empresariales de acuerdo al ordenamiento vigente. La igualdad de oportunidades exige que no se deje indefensa ni a la mujer embarazada —incluyendo a su hijo por nacer— ni al empresario que, de buena fe, ofrece trabajo y contribuye al desarrollo social con

² No sin un asomo de ironía, el maestro ALONSO OLEA destacó que esa falta de "robustez" no es incompatible con que sea más fuerte que el hombre, como lo demuestra "su superior longevidad doquiera". ALONSO OLEA, MANUEL. "El trabajo de la mujer en el derecho español", en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, No. 72, 1995.

³ Convenio 3.

⁴ El artículo 3 establece que: "las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia", con algunas excepciones, taxativamente previstas.

⁵ Convenio 45.

sujeción a la normativa laboral vigente. Y, también, que la legislación reconozca los deberes que corresponden al padre de la criatura en su atención y custodia. De este modo, el Estado y los particulares cumplirán con el deber de protección a la familia, a fin de que los ciudadanos del futuro cuenten con un medio adecuado para el desarrollo armónico de su personalidad.

Con el presente trabajo deseamos contribuir a una mejor comprensión de la protección jurídico-laboral de la mujer trabajadora, a la luz de los derechos fundamentales de la persona y del deber de respeto a la igual dignidad. En esta tarea no debemos perder de vista que “la igualdad formal jurídica entre hombres y mujeres parte de la realidad de las diferencias sustanciales entre ellos por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”.⁶ De allí que sea necesario una ponderación equilibrada para poder trazar una ruta equitativa en este campo.

El Estado debe velar por la protección jurídica del derecho a ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, no sólo con motivo del parto o la lactancia sino también para atender deberes familiares prioritarios, lo cual exige que la normativa se adecúe a los deberes de justicia y solidaridad propios del vínculo familiar y a la realidad socioeconómica de las empresas. En estas cuestiones lo que interesa identificar es la esencia de las instituciones y las razones que justifican su regulación, por tanto, no es suficiente limitarse “al estudio de lo ya positivado como punto de partida, sino a las razones teleológicas que persigue la figura en sí misma, con independencia del caso concreto”.⁷ Con este fin dividiremos el presente estudio en tres apartados: en el primero analizaremos la relación entre la mujer y el trabajo; en el segundo, la que existe entre la familia y el trabajo, y en el tercero desarrollaremos la ruta seguida por el derecho internacional del trabajo para lograr la igualdad de oportunidades de la mujer y del varón en el mundo laboral, en particular en el supuesto de despido de la mujer embarazada, para arribar, finalmente, a algunas conclusiones.

Una vez más el derecho del trabajo, al analizar estas cuestiones que son clave para el desarrollo humano, se convierte en esa atalaya de la que hablaba el maestro ALONSO OLEA, que permite dirigir la vista “a todo el ordenamiento o a zonas amplísimas del mismo, de forma que el ordenamiento se reinterpreta desde la disciplina particular”.⁸

⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, MIGUEL. “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género”, *Relaciones laborales*, 2001, pp. 67-77.

⁷ RIVAS VALLEJO, MARÍA DEL PILAR. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 39.

⁸ ALONSO OLEA, MANUEL. *Introducción al derecho del trabajo*, 6a. ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 26.

2. Mujer y trabajo

La tradición judeo-cristiana, que caracteriza a los ordenamientos occidentales, ha considerado desde antaño la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un papel protagónico en la educación de los hijos y en la atención del hogar. Sin embargo, es también innegable que el relato de la creación del hombre y de la mujer, basado en el simbolismo de la costilla de Adán, fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sierva del hombre,⁹ lo cual degeneró en una actitud machista,¹⁰ que relegó a las mujeres las tareas más duras del hogar, dejándole la responsabilidad de la educación y atención de los hijos, casi en exclusiva, no considerándola apta para intervenir activamente en la vida pública de la sociedad.

Al varón, por el contrario, se le asignó la responsabilidad de la marcha económica del hogar y, consecuentemente, el trabajar en actividades extra domésticas que fueran, además, lucrativas, a fin de sostener a la familia.¹¹ Esta disparidad cristalizó, en algunos ordenamientos, el exigir a la mujer contar con el consentimiento expreso del marido para trabajar fuera del hogar o con autorización judicial en caso que aquél se negara injustificadamente.¹² Al marido le correspondía, en cambio, la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerársele el representante del hogar conyugal.¹³

La diferencia varón-mujer no es una mera diferenciación de funciones sociales, sino más bien ontológica: sexuadas son las células, los sentimientos y los pensamientos. No se trata de una orientación personal de tipo social sino de una determinación psicofísica que deviene de la estructura genética de la persona. El varón y la mujer están hechos naturalmente el uno para el otro, lo cual se manifiesta en la mutua atracción entre los sexos que experimentan las personas normalmente constituidas: esta tendencia comporta una forma específica de unión, que a su vez se ordena también naturalmente a la función reproductora.¹⁴ En consonancia, también son diversas las funciones relativas a la procreación y

⁹ Cfr. JUAN PABLO II. "Compromiso por la promoción de la mujer", *Audiencia general*, 24 de noviembre de 1999 (publicada en: *vatican.va*, 1999).

¹⁰ El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define al machista como al partidario del machismo, que a su vez se tipifica como una "actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres".

¹¹ Esta mentalidad quedó plasmada en el caso del Perú, en el artículo 161 del Código Civil de 1936, donde se establece que "la mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".

¹² Cfr., por todos, Código Civil del Perú de 1936, artículo 173.

¹³ *Ibidem*, artículos 161 y ss.

¹⁴ Resultan muy ilustrativas a este respecto las consideraciones de CASTILLA Y CORTÁZAR, BLANCA. *Persona y género. Ser varón y ser mujer*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1997.

al cuidado de los hijos.¹⁵ Esta diferenciación se ordena a la complementariedad, por tanto, la igualdad de oportunidades debe tender a equilibrar las responsabilidades que se siguen al cumplimiento de los deberes familiares, según las competencias de cada sexo, a fin de que la contratación femenina no sea considerada, por el empleador, excesivamente onerosa para el cumplimiento de los fines organizacionales.

Otro factor fundamental que explica el acceso de la mujer al trabajo extra doméstico es el reconocimiento del valor de esta actividad específicamente humana, que ha sido objeto de estudio no sólo por los economistas y laboristas sino también por los teólogos.¹⁶ Existe una conciencia social, cada vez más diáfana, de que la persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas, porque el trabajo no sólo no es una mercancía,¹⁷ sino que es el medio natural de realización de la persona. Si bien es cierto que uno de los elementos que tipifican la relación laboral es la existencia de un salario o remuneración,¹⁸ la persona no trabaja sólo por dinero y, más aún, es capaz de prescindir de un trabajo bien remunerado si no satisface otras aspiraciones humanas básicas.

Además, el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, *por el trabajo, la persona se construye a sí misma*. El ser humano cuando trabaja no sólo transforma la naturaleza sino que le da un sentido y utilidad nuevos.¹⁹ El trabajo permite adaptar la materia del mundo a las propias necesidades, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. En cambio, esa actividad permite desvelar y reconocer la

¹⁵ Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la femineidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en éste pues se trata de personas: además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para actuar conforme lo exige la dignidad humana. *Cfr.*, por todos, HERVADA, JAMIER. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*, 4a. ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1998.

¹⁶ El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la encarnación del hijo de Dios, pero recién ha sido puesto de manifiesto, en toda su riqueza, en el siglo xx. Tanto la teología como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. *Cfr.*, por todos, JUAN PABLO II. *Laborem exercens* (Castelgandolfo: vatican.va, 1981). ESCRIVÁ DE BALAGUER, JOSEMARÍA. *Camino*, Rialp, Madrid, 2011 (1a. ed., 1939), en http://www.escrivaobras.org/book/camino-indice_materias-225.htm, y DONATI, PIERPAOLO. "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei", *Romana. Estudios 1985-1996*.

¹⁷ *Cfr.* Constitución OIT, 1919, artículo I.

¹⁸ *Cfr.*, por todos, ALONSO OLEA, MANUEL. "Derecho del honor y despido", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2001, p. 41.

¹⁹ El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. *Cfr.* RODRÍGUEZ, PEDRO. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura", en *Scripta Theologica* xxxiii, No. 1, 2001, pp. 161-182.

finalidad de las realidades naturales, que es la prevista por quien las constituyó en el ser. El análisis científico riguroso lleva a reconocer el carácter teleológico de la naturaleza y, consecuentemente, su carácter normativo para el ser y el obrar humano.²⁰ Ésta es una de las funciones más nobles del trabajo: permite comprender el sentido del mundo y, con él, la razón de ser de la propia existencia. Si bien es cierto que la persona transforma el mundo, impulsada por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende, al experimentar —en el desarrollo de esa actividad— su propia dignidad.²¹ De ahí la importancia de la adecuada regulación jurídica no sólo del derecho al trabajo en sí mismo, sino de los tiempos de labor y descanso.

Por lo demás, todo trabajo lleva implícito un proyecto personal que, si la persona ha logrado una personalidad madura, no implica el logro de metas individuales al margen de la sociedad, porque esto es más bien característico de la actividad animal. Como bien se ha resaltado,

[...] ninguna abeja trabaja formalmente para los demás, sino que va a lo suyo; ahí está el ardid de la naturaleza, en que, trabajando cada uno para lo suyo, resulta que trabaja para los demás. Cosa que no acontece, o por lo menos uno aspira que no acontezca en toda forma de colaboración humana, en que uno no trabaja sólo por lo que le sale de dentro, sino que trabaja precisamente para los demás, proponiéndose a los demás en tanto que otros.²²

Más aún, el desarrollo auténtico de la personalidad se fragua en el servicio real a las personas individuales, sólo así se consigue un desarrollo social sostenible a largo plazo. El deber de servicio también incumbe a las personas minusválidas, aunque evidentemente para ellas sea diferente el modo de cumplir con esta obligación, que no corresponde explicar en esta investigación. En todo caso, el deber de servir es un deber moral, que sólo es exigible jurídicamente en determinados casos, aunque a la vez negarse a servir para nada y a nadie es contrario a la dignidad humana. Por eso puede decirse que “[e]l hombre es libre, pero es servidor de los demás”.²³

²⁰ Respecto a esta rica y amplia cuestión remito a las reflexiones de GONZÁLEZ, ANA MARTA. *Naturaleza y dignidad*, EUNSA, Pamplona, 1996.

²¹ Cfr. BUTTIGLIONE, ROCCO. *La persona y la familia*, trad. Antonio Esquivias, Palabra, Madrid, 1999, pp. 168 y ss. Esa dignidad es precisamente la capacidad de trascender lo individual y contingente y alcanzar por la vía del conocimiento y del amor, lo universal y necesario. En definitiva, remontarse por encima del utilitarismo individualista y egocéntrico, a la amistad y a la solidaridad social.

²² ZUBIRI, XAVIER. *Sobre el hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 251 y 252.

²³ Cfr. D'ORS, ÁLVARO. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1995, p. 158.

La conciencia de la necesidad del trabajo para la vida personal y social ha llevado a que se reconozca como un derecho fundamental en diversas Constituciones occidentales.²⁴ Y es también en el siglo pasado, como ya hemos adelantado, que se ha profundizado en las consecuencias que se siguen a la igualdad fundamental del varón y la mujer en relación con la vida pública. Además, al ser evidente que la mujer tiene, de manera particular, el don de la vida y su guarda, los ordenamientos jurídicos han optado por preservar la salud física y mental de la mujer embarazada, facilitándole el necesario descanso pre y posnatal, así como por otros institutos como la excedencia o el derecho de gozar de las vacaciones inmediatamente después del descanso posnatal. Esta protección se extiende en todas las naciones europeas, y en algunas americanas, a solicitar el cambio de ocupación si las labores que tiene asignadas una mujer embarazada ponen en peligro su vida o la salud del hijo por nacer.²⁵ Se debe destacar también que las legislaciones laborales tienden a homologar, sin violentar las exigencias naturales del embarazo, parto y lactancia, los derechos de ambos padres en el cuidado del hijo recién nacido, para lograr la corresponsabilidad en los deberes familiares. Y, por último, el derecho laboral se ordena a proteger el derecho de la madre trabajadora a conservar el empleo con independencia de su estado de gravidez, al punto de establecer el denominado “fuero maternal” en países como Chile, Panamá y Venezuela²⁶ para prevenir la discriminación por razón de sexo o el acoso moral.

El acceso de la mujer a los estudios superiores y al trabajo fuera del hogar es, en palabras de ALONSO OLEA, “el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual”,²⁷ que ha transformado las estructuras sociales, de trabajo y jurídicas a nivel mundial.²⁸ Esta mayor participación de la mujer ha evoluciona-

²⁴ Cfr. Constitución del Perú (CP), artículo 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”; Constitución española, artículo 35.1 “1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

²⁵ En Europa, la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia ha logrado una amplia protección en los países de la Unión. En el Perú, la Ley 28048 y su Reglamento, el DS009-2004-TR, establecen prescripciones para preservar la salud de la trabajadora, que sea madre gestante, y el desarrollo normal del embrión y el feto.

²⁶ El Código de Trabajo de Chile establece, en su artículo 194, lo siguiente: “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”.

²⁷ ALONSO OLEA, MANUEL. “El trabajo de la mujer en el derecho español”, *op. cit.*

²⁸ Otro fenómeno emparentado con éste es la profunda modificación del sistema de servicio doméstico, que puso de manifiesto uno de los más distinguidos filósofos del siglo pasado: “es evidente que la estructura de la familia, su tamaño, los aspectos profesionales, las relaciones de los padres con los hijos y del matrimonio entre sí, el número de

do de la tolerancia a la promoción por parte de los Estados, que mediante los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (oit), Directivas Comunitarias, en el caso de la Unión Europea, y disposiciones de derecho nacional, que buscan resolver la injusticia de sistemas de trabajo que niegan la igualdad de oportunidades a la mujer. Los Estados han impulsado políticas de promoción del empleo femenino, otorgándoles incluso preferencia en la contratación frente al varón, pero queda aún mucho por hacer, como explicaremos más adelante.²⁹

3. Trabajo y familia

El derecho a formar una familia es fundamental en las Constituciones occidentales, pero el deber de los Estados de proteger a la familia deviene de la función social que ésta tiene en la formación de los individuos, ya que es en ella donde éstos se *humanizan*. Una somera revisión de las Constituciones más próximas a nuestra tradición jurídica evidencia la profunda convicción de esta verdad. Las ciencias sociales enseñan que la familia que surge de la vida conyugal estable de un varón y una mujer es una institución originaria, peculiar y primordial, porque:

[...] existe desde el inicio, tanto en sentido filogenético (en cuanto está en el origen de la especie humana), como en sentido ontogenético (en cuanto que, en cualquier tiempo y lugar, el individuo se introduce en la sociedad y madura su participación, de forma más humana cuanto mejor está apoyado por la mediación de una familia).³⁰

El hecho de que en la familia, el ser humano sea aceptado y amado incondicionalmente, es decir, no por sus cualidades, sino simplemente por el hecho de ser miembro de esa comunidad humana es la clave de la maduración interior de la persona y de su proceso de *humanización*. La razón estriba en que en la familia se enlazan de “manera relevante el sentido del sexo y la procreación, del amor entre personas, de la propiedad legítima, de la educación” y, además, “se

los hijos, la permanencia en la casa de los abuelos, el empleo del tiempo, la administración del ocio, todo esto está condicionado en inmensa proporción por la desaparición del servicio doméstico. Y entiendo por servicio doméstico, el tradicional, con la criada interna, que vivía en casa, que amanecía y anocheaba en casa; que tenía una jornada ilimitada aunque no fuese demasiado larga, aunque tuviese largos periodos de descanso; que tenía otra de adopción familiar, de participación en la vida de la familia, de ascenso social, de educación: una larga serie de cosas buenas y malas. [...] Y la crisis del servicio doméstico —no lo olvidemos— ha destruido formas y posibilidades de compañía, ha introducido en las sociedades actuales uno de sus factores más graves y de más hondas consecuencias: la soledad”. MARIAS, JULIÁN. “La mujer en el siglo xx”, *Humanidades*, 4a. ed., Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 43 y 44.

²⁹ Cfr. Apartado 3.c.

³⁰ DONATI, PIERPAOLO. *Manual de sociología de la familia*, trad. Manuel Herrera Gómez y Sonia Pagés Luis, Instituto de Ciencias para la Familia-EUNSA, Pamplona, 2003, p. 13.

responsabiliza de la humanidad y de la tierra que ocupamos”.³¹ Los problemas de la ecología y, en último término, de la solidaridad entre los miembros de una sociedad y de los pueblos en general son cuestiones éticas en las que inciden decisivamente los valores inculcados en el entorno familiar. Interesa que los ciudadanos actúen como *habitantes* y no sólo como *gente*, es decir, como seres pertenecientes a una familia común y no como grupo anónimo desconectado entre sí.³² Las tres funciones básicas que cumple la familia se corresponden con sus elementos constitutivos —economía, educación e intimidad—, que se ordenan para lograr la igualdad —o mejor aún la equidad— en el ámbito de la economía; la libertad en la educación y la fraternidad en la intimidad.³³

El término familia ha devenido en algunas culturas en equívoco, pero en la mayoría de los países, entre ellos se encuentra el Perú, existe una relación directa entre matrimonio y familia, tanto en el texto constitucional³⁴ como en el Código Civil.³⁵ El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural.³⁶ A diferencia de otros códigos,³⁷ el peruano ha definido el matrimonio,³⁸ pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias, pues el dato de la ley positiva no es suficiente.³⁹ De este análisis, que no es posible detallar en este trabajo porque excede sus fines, se puede concluir que la familia se fundamenta en el matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su virilidad y femineidad, que trae consigo una comunidad indivisible

³¹ ALVIRA DOMÍNGUEZ, RAFAEL. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, EUNSA, Pamplona, 1998, pp. 26 y 27. Ahondando en esta definición, el autor señala: “familia, sexo y matrimonio son realidades distintas, aunque puedan relacionarse, y su combinación es particularmente relevante para la vida humana. Es obvio que las tres citadas realidades existen por separado. Se dan relaciones sexuales sin familia ni matrimonio, se dan matrimonios que no desarrollan una vida familiar, y a veces tampoco sexual, y hay verdaderas familias sin matrimonio ni relaciones sexuales —como cuando una persona se hace cargo de unos niños que no son suyos, pero a los que da un hogar, o cuando se forma un hogar con otras personas a partir de motivos religiosos, etcétera—”.

³² *Ibidem*, p. 27.

³³ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

³⁴ “La comunidad y el Estado [...] también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4).

³⁵ “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (artículo 233).

³⁶ *Cfr.* CP, artículo 4.

³⁷ *Cfr.* ENNECERUS, LUDWIG, KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN. *Tratado de derecho civil*, trad. Blas Pérez González y José Alguer, 2a. ed. castellana y 20a. ed. alemana, v vols., vol. IV: *Derecho de familia* (vol. I), Bosch, Barcelona, 1979, p. 12.

³⁸ “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (artículo 234).

³⁹ Ésta es la tarea propia del profesor universitario que no puede empequeñecer su horizonte cultural con una especialización desconectada de las cuestiones esenciales para la vida humana, con son las de identificar los bienes humanos básicos, entre los que se encuentra la familia.

de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda.⁴⁰ Esta precisión es importante para el derecho del trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral no tiene por resultado únicamente una mejor calidad de vida para los trabajadores, sino también para sus familias porque la presencia de los padres y el diálogo que se entabla con los hijos fortalecen la capacidad ética de las futuras generaciones. Asimismo, las legislaciones laborales nacionales y los convenios colectivos fijan los derechos relativos al nacimiento del hijo, cuidado, permisos por razones familiares, etcétera, de acuerdo al concepto jurídico de familia del país.

Afirmar que el matrimonio es una institución natural equivale a decir que su esencia —el vínculo— sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta se encuentran determinados por la naturaleza humana. Es decir, responde a la estructura ontológica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva.⁴¹ Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una *concesión del legislador* a los particulares, sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o desprestigiar arbitrariamente.⁴²

La revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial, ha modificado la extensión de los derechos laborales relacionados con ella⁴³ y desdibuja sus contornos. Paradójicamente, la sociedad actual considera a la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como

⁴⁰ Remito a algunas de las fuentes consultadas: BUTTIGLIONE. *La persona y la familia*; VILADRICH, PEDRO-JUAN. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División interdisciplinaria para la Familia (DIF)*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1984; JUAN PABLO II. *Laborem exercens*; HERVADA. *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial*; ALVIRA DOMÍNGUEZ, RAFAEL. *El lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, cit.; CORNEJO CHÁVEZ, HÉCTOR. *Derecho familiar peruano*, 9a. ed., Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1998, vol. II; DONATI, PIERPAOLO. *Manual de sociología de la familia*, cit.; ENNECERUS ET AL. *Tratado de derecho civil*, cit.

⁴¹ La unión del varón y de la mujer que contraen matrimonio se denomina también *conyugal*. Este calificativo resalta la unidad esponsal —no fusión— de los esposos, que es también unidad social y de justicia, que establece un vínculo jurídico entre ambos, fundamentada en "la profundísima unidad que, por la misma naturaleza, está dispuesta entre lo femenino y lo masculino. Y, en este sentido, no existe en la naturaleza una unidad tan básica, elemental y natural como aquella que se produce entre los esposos, entre la virilidad y la femineidad entregadas en su totalidad a título de deuda en la alianza [matrimonial]". VILADRICH, PEDRO-JUAN. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, cit., p. 157.

⁴² "Así quedan fuera de la competencia del legislador la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial". *Ibidem*, p. 179.

⁴³ Cfr. MARIN ALONSO, INMACULADA y GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001.

homosexuales ha sido aceptada en algunas legislaciones, así como en parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia.⁴⁴ Algunos pocos países han legalizado el “matrimonio” de personas del mismo sexo, a pesar que entraña una contradicción en sus términos, similar a la que existe en la “compraventa gratuita”. Esta realidad exige ahondar en los presupuestos antropológicos y filosóficos que originan este instituto jurídico, ya que un presupuesto esencial para el discurso lógico y el progreso de la ciencia es que los términos lingüísticos y jurídicos se empleen en un sentido unívoco.⁴⁵

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en parte, de considerar que la familia es una institución de origen meramente social, y no una institución natural. De este modo, se reducen las relaciones intrafamiliares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial. El resultado es reducir la comunidad familiar a una especie de “mecano”, en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia.⁴⁶ Consecuentemente, se reduce a la familia a una estructura compuesta por relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de una función, con independencia del sexo de las personas. Y, al no reconocer una dinámica intrínseca –natural– sino sólo un valor funcional o instrumental, los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las

⁴⁴ Entre estas legislaciones se cuenta la del Distrito Federal de México, porque el 21 de diciembre de 2009 su Asamblea Legislativa aprobó una enmienda al Código Civil para el Distrito Federal, por la que se permitió contraer matrimonio a personas del mismo sexo. La ley entró en vigor en marzo de 2010. Conviene advertir que, al igual que en otros países, había precedido una legislación que reconocía las uniones de hecho: desde el 2006 existía una Ley de Sociedades de Convivencia, equiparable al matrimonio, pero no con todos los derechos del mismo. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó la validez de la ley el 5 de agosto de 2010 y, el 16 de agosto de ese mismo año, declaró la constitucionalidad de la ley que permite adoptar niños a parejas homosexuales en la Ciudad de México. Entre la múltiple bibliografía respecto al tema, cito sólo a FERNÁNDEZ, JUAN. “Matrimonio y uniones de hecho”, en *Ius Canonicum* XL, No. 80, 2001, pp. 395-411. MARTÍNEZ LÓPEZ MÚNIZ, JOSÉ LUIS. “La familia en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58, 2000, pp. 11-43. SANCINIENA, CAMINO. “La ficticia igualdad del matrimonio y las uniones de homosexuales”, en *Jus Doctrina Et Práctica*, No. 4, 2008.

⁴⁵ El matrimonio es una institución multisecular, común a todas las culturas, que consiste en la unión de hombre y mujer, concertada mediante determinados ritos o formalidades legales (cfr. *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española), ordenada a la mutua complementariedad y a la conservación de la especie humana. En la historia de las civilizaciones no existe la figura del “matrimonio” entre personas del mismo sexo, porque esta unión no puede equipararse a la heterosexual: ni por el modo ni por las consecuencias al no existir la complementariedad física, psíquica y afectiva que hay entre varón y mujer.

⁴⁶ Con autorizada experiencia se ha escrito: “Así como sin amor la familia no es una comunidad de personas, así también sin el amor la familia no puede vivir, crecer y perfeccionarse como comunidad de personas”, JUAN PABLO II. *Familiaris consortio* (Ciudad del Vaticano, 1982), pp. 17-21. Entendemos por amor una voluntad que supera la mera atracción física o el deseo psicológico: “es la tendencia racional que busca un verdadero bien, un bien que responda a la naturaleza profunda del que actúa y, en definitiva, al ser de las cosas”. LLANO CIFUENTES, ALEJANDRO. “Universidad, verdad y libertad”, en *Forum UNIV* 2004, ed. Istituto per la Cooperazione Universitaria (publicada en: forumuniv.org, 2004).

mutuas esferas de libertad.⁴⁷ De este modo, el derecho deja de convertirse en un sistema de paz para limitarse a yuxtaponer lo que acertadamente se ha calificado como “cuotas de arbitrariedad toleradas”.⁴⁸

En este tipo de relaciones se sustituye a la ética por las leyes en ámbitos que estaban reservados para la intimidad del amor familiar. Esto es más patente en las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a las primeras, las posibilidades de construcción y la hegemonía del derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes.⁴⁹ El hijo se convierte en un bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden ser “derecho de otro” por las técnicas de fecundación artificial: el hombre se convierte en un “producto” sometido a las reglas del más fuerte. De este modo se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas.⁵⁰

Estas reflexiones no interesan sólo a la filosofía del derecho porque del concepto de familia que se adopte, lo hemos afirmado anteriormente, se siguen consecuencias prácticas también para el derecho del trabajo como puede apreciarse en la jurisprudencia desde hace más de una década.⁵¹ Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales, de conformidad con el modo de ser y de obrar que observamos en la naturaleza, es una forma de proteger a la familia, de modo similar a como la bonificación del 100% para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad es un modo de proteger la maternidad y de disminuir la carga social del empresario.

⁴⁷ Cfr. SERNA BERMÚDEZ, PEDRO. “Reivindicación europea de la familia. Una interpretación”, en *Iustitia* LXXII, No. 3-4, 1994, pp. 261-279.

⁴⁸ OLLERO, ANDRÉS. *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 152.

⁴⁹ Es un derecho de los padres decidir el número de hijos y el tiempo de su concepción, pero no son derechos absolutos, pues si engendran un hijo en fecha no deseada no tienen derecho a quitarle la vida.

⁵⁰ “Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política [...] base insustituible para una organización estable y eficaz”. PÉREZ SERRANO, N. *Tratado de derecho político*, 2a. ed., cit. por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ. *La familia en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1984, p. 12.

⁵¹ En España, las controversias por la extensión de los beneficios reconocidos en la ley y los convenios colectivos en virtud del matrimonio, a las uniones de hecho son numerosas. Cito, como ejemplo, STSJ Madrid 25 de marzo de 1998 (AS 1998, 806), que rechaza el permiso por matrimonio a quienes acrediten una unión de hecho. También la negativa a conceder los permisos por enfermedad de parientes por afinidad a las parejas de hecho porque la afinidad presupone el matrimonio. Cfr. SSTs 18 de febrero y 27 de mayo de 1998 (RJ 1998, 2209 y 4932), entre otras.

4. La protección jurídica a la mujer trabajadora en relación con el empleo: la ruta hacia la igualdad de oportunidades en los convenios internacionales

La OIT, en las últimas décadas, ha orientado su labor a la promoción de los derechos de la mujer en el trabajo, dando lugar a la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), a la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), a los convenios y recomendaciones destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares (1981) y al Convenio sobre Protección de la Maternidad (2000), en el que se revisan los dos convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo. Son también especialmente relevantes, en relación con esta materia, las resoluciones adoptadas por este organismo en 1975, 1985 y 1991, y, en particular, la de junio de 2004, referida a la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad.

Uno de los supuestos que es más sensible en relación con la igualdad de oportunidades es el despido de la mujer embarazada. Por eso, el último Convenio sobre protección de la maternidad de la OIT, el 183 (2000),⁵² en su artículo 8, establece una presunción *iuris tantum* a favor de la mujer embarazada despedida injustificadamente que obliga al empleador a probar la causa justa de dicha acción en todos los casos, de lo contrario el despido sería nulo.⁵³ Esta protección especial incluye el derecho a no ser sometida a pruebas de diagnóstico del embarazo para decidir su contratación.⁵⁴ Estas medidas no son discriminatorias

⁵² Ha entrado en vigor el 7 de febrero de 2002, con la ratificación de Rumania, Italia, Eslovaquia y Bulgaria.

⁵³ Artículo 8.1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

⁵⁴ Artículo 9.1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
- b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

respecto al varón, pues él nunca se verá sometido a una prueba semejante (*ipsa rei loquitur*) y, por tanto, no necesita esta protección específica.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC) ha delineado la protección constitucional al derecho a la no discriminación por razón del sexo de la mujer trabajadora, que pueden resumirse en las siguientes cuestiones.⁵⁵

A) La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional, esta igualdad, así como la prohibición de discriminación contra la mujer, son normas imperativas (*ius cogens*) que no admiten disposición en contrario, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 1969. Así, puede deducirse de los principios generales, basados tanto en la costumbre como en los tratados internacionales, que han sido interpretados y aplicados por los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y especialmente por la legislación y jurisprudencia de los países miembros de la ONU.⁵⁶

b) La igualdad y obligación de no discriminación

La obligación de no discriminación es distinta al derecho de igual tratamiento ante la ley, tanto en la formación de la norma como en su interpretación o aplicación. A la vez son complementarias: el reconocimiento de la igualdad es el fundamento del trato no discriminatorio. Más aún, la igualdad de las personas incluye: *a)* el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíben dife-

⁵⁵ Cfr. Expedientes 05652-2007-PA/TC del 6 de noviembre de 2008; 01837-2010-PA/TC del 18 de diciembre de 2010.

⁵⁶ Cfr. Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres". Además, en su artículo 1 se proclama el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todas las personas "sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2, reconoce los derechos y libertades de toda persona "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". A mayor abundamiento, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen que los derechos enunciados en ellos son aplicables a todas las personas sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

rencias que no se puedan justificar con criterios razonables y objetivos, y *b)* el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva. Consecuentemente, “el derecho a la igualdad no impone que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación constitucionalmente prohibida, sino sólo aquella que no está razonablemente justificada”.⁵⁷

En definitiva, la correcta aplicación del derecho exige *dar a cada quien lo que le corresponde*. Por tanto, no equivale a *uniformar* sino a *discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad*.⁵⁸ De allí que la igualdad –exigida por la justicia– imponga tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. En consecuencia,

[...] si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo.⁵⁹

Se trata de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de éste. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Sólo cuando se acepte –en la práctica– que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser *su correspondencia perfecta*” y que “la mujer es otro tipo de “yo” en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”,⁶⁰ la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que se ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”,⁶¹ que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales

⁵⁷ Expediente 05652-2007-PA/TC, FJ 19.

⁵⁸ “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero *proporcional*, ésta es la clave– en lo que son diferentes”. HERVADA, JAVIER y ANDRÉS MUÑOZ, JUAN. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, ciencias de la educación. Guías de los estudios universitarios*, Ediciones Universidad de Navarra-EUNSA, Pamplona, 1984, p. 46.

⁵⁹ PACHECO ZERGA, LUZ. “La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano”, en *Gaceta Jurídica*, No. 120, 2003, p. 19.

⁶⁰ JUAN PABLO II. “Compromiso por la promoción de la mujer”, *op. cit.*

⁶¹ *Idem*.

dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

c) La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos

En este campo son de especial relevancia la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (DEDM), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDM) y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (PFCEDM), porque han ampliado y reforzado la igualdad de derechos reconocida en otros instrumentos internacionales. El artículo 1 de la CEDM define a la discriminación contra la mujer en tales términos,⁶² que de ellos puede deducirse que cubre tanto la igualdad de oportunidades (igualdad formal) como la igualdad de resultados (igualdad *de facto*). Asimismo, permite concluir que la discriminación contra la mujer abarca toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: *a)* intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; *b)* impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública, o *c)* impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que es titular.

En definitiva, la tendencia del derecho internacional es proteger objetivamente a la mujer, dejando en un segundo plano la intencionalidad del empresario. Apreciamos que se ha producido una evolución similar a la que se dio a comienzos del siglo pasado en relación a la responsabilidad del empleador en los casos de accidentes profesionales.

Por otro lado, ante la situación de discriminación histórica en perjuicio de la mujer se acepta que los Estados puedan “aplicar medidas positivas de carácter correctivo mientras persistan las desigualdades”.⁶³ En esta línea se considera que es deber del Estado ser el promotor de la igualdad sustancial entre los individuos mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”. Esta acción estatal

⁶² “La expresión “discriminación contra la mujer” comprende “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Esta Convención fue ratificada por el Perú el 13 de septiembre de 1982, por tanto, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, su contenido forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y se debe aplicar aunque la legislación peruana no regule las mismas materias, porque las normas internacionales son “válidas y vinculantes dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional” (cfr. sentencia del TC recaída en el expediente 0008-2005-PI/TC, FJ 50).

⁶³ CEDM, artículo 4.

debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones, como sería preferir la contratación de una persona en un puesto no por su capacidad para realizar el servicio o la obra que se requiera, sino por factores sociológicos al margen de las prestaciones conmutativas a las que se obligan las partes del contrato de trabajo. De modo similar, las cuotas de preferencia para el empleo femenino son cuestionables cuando establecen una preferencia sólo por razones históricas, en detrimento de los sujetos que, en igualdad de condiciones, salvo el sexo, tengan los mismo méritos para un empleo o, lo que parece aún más discriminatorio, que se elija a la mujer sólo con el fin de corregir los abusos del pasado. Con este tipo de disposiciones en lugar de resolver una discriminación injusta se crea una nueva, que será origen de futuros antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones que se siguen a la naturaleza de las personas o de las cosas, esa equidad es garantía de justicia.

d) La discriminación y la igualdad en materia laboral

El principio constitucional de igualdad de trato en el ámbito laboral hace referencia a la regla de no discriminación y a la igualdad ante la ley. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

En consecuencia, es deber del Estado y de los particulares reconocer, en la práctica laboral, que las mujeres:

- Tienen los mismos derechos y responsabilidades que los hombres durante el matrimonio y con ocasión de su disolución y como progenitores, cualquiera que sea su estado civil.⁶⁴
- También tienen los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, así como tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.⁶⁵

⁶⁴ CEDM, artículo 16, literales c) y d).

⁶⁵ CEDM, artículo 16, literal e). Los medios que pueden emplear, tanto el varón como la mujer, para limitar o espaciar el nacimiento de los hijos, tienen que respetar un derecho humano básico, presupuesto de todos los demás: el derecho a la vida. Por tanto, cualquier método que entrañe un riesgo para la vida del concebido debe ser prohibido en una sociedad democrática. Una fundada argumentación sobre la inconstitucionalidad del empleo de la píldora del día siguiente, como método de anticoncepción oral de emergencia, ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia 02005-2009-TC/PA, en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>. De allí que el aborto, con mayor razón, sea también un método contrario al orden constitucional de la mayoría de los países occidentales.

En definitiva, el Estado tiene que velar para que sus actos o los que realicen los particulares no constituyan un atentado directo o indirecto a estos derechos humanos fundamentales.

En este contexto, la discriminación laboral se produce cada vez que se escoge o rechaza a un trabajador por razón de su sexo o por otra razón injustificada, que implica una restricción a la libertad del ser humano para elegir y desarrollar sus aspiraciones profesionales y personales.⁶⁶ Que se materializa cuando son excluidas o incluso disuadidas de aspirar a un empleo o pueden ser obstaculizadas para ser promovidas profesionalmente.

La discriminación en el trabajo puede ser directa o indirecta. Es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores, e indirecta, cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate.

e) La discriminación por razón de sexo: el embarazo

El derecho a la igualdad y la no discriminación ha sido definido por el TC peruano con criterios idénticos a los de su homólogo español en la sentencia 175/2005, del 4 de julio. Ambos tribunales coinciden en que este tipo de discriminación

[...] comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Es decir, que la discriminación laboral por razón de sexo comprende no sólo los tratamientos peyorativos fundados en la constatación directa del sexo, sino también aquellos que se basen en circunstancias que tengan una directa conexión con el sexo.⁶⁷

Señalan, asimismo, que el embarazo es un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres, que “no puede

⁶⁶ La igualdad en el trabajo ha sido un tema recurrente en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT), desde la Declaración de Filadelfia, en la que se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” hasta la actualidad.

⁶⁷ Expediente 05652-2007-PA/TC, FJ 49.

acarrear, conforme a la interdicción de la discriminación por razón de sexo, perjuicios a la mujer trabajadora”.⁶⁸ Por tanto, “las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política”.⁶⁹ Por otro lado, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado proteja especialmente a la madre que trabaja.

Estas premisas traen consigo que se califiquen como discriminación directa basada en el sexo tanto el despido por razón del embarazo, como la negativa a contratar a una mujer embarazada por el solo hecho de estarlo. De este modo, la protección a la maternidad o la prohibición de discriminación por razón de ella se extiende tanto en el acceso al empleo como la permanencia en el mismo, así como a los actos peyorativos o los que, sin que tengan esa intencionalidad, resulten objetivamente discriminatorios.

5. Conclusiones

El desmontaje analítico del derecho del trabajo, a la luz de su desarrollo en el último siglo y en el primer decenio del actual, permite concluir que la protección a la mujer trabajadora ha devenido en la protección a la “madre trabajadora” y a la titularidad conjunta con el “padre trabajador” de los derechos-deberes que se derivan de la procreación y cuidado de los hijos.

La valoración del trabajo femenino fuera del hogar está íntimamente relacionada con la mejor comprensión de la función *humanizadora* del trabajo. El trabajo realizado en condiciones de dignidad permite comprender el sentido del mundo y de la propia existencia. Al cumplir adecuadamente con el derecho-deber de trabajar se fraguan personalidades maduras, solidarias, capaces de lograr un desarrollo sostenible a largo plazo.

Del concepto jurídico de familia se desprenden consecuencias vitales para la formación ética de los ciudadanos. En algunos países ha devenido en un término equívoco, pero en la mayoría existe una relación directa entre matrimonio y familia, que son reconocidos como institutos naturales. En consecuencia, sus

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 175/2005, del 4 de julio, FJ 2.

⁶⁹ FJ 50. La STCE 175/2005, del 4 de julio, se remite a la Constitución española.

propiedades y fines, así como el conjunto de derechos y deberes que originan no son concesiones legislativas sino exigencias de justicia fundadas en la misma naturaleza humana, que ningún Estado puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente.

La reducción del matrimonio y la familia a funciones sociales con independencia del sexo sustituye la función natural de acogimiento incondicional y educación de los hijos en los vínculos de amor y amistad, por fines instrumentales según los intereses subjetivos, y convierte al hijo en un bien útil, asemejándolo a las cosas. Se aprecia, en esos casos, un retroceso cultural, que sitúa a una sociedad en las categorías precristianas de esclavos (cosas) y patronos. De este modo se altera sustancialmente la esencia de la familia y se deshumanizan las relaciones humanas. Urge, por tanto, entablar un diálogo académico respecto a estas cuestiones sin presiones ideológicas que distorsionen la verdadera naturaleza de las instituciones jurídicas esenciales para la paz y el desarrollo social.

Existe un movimiento jurídico internacional promovido por organismos e instituciones supranacionales que ha logrado comprometer a los Estados en la tarea de conseguir la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, que comprende tanto el acceso al empleo como su permanencia. Lo cual exige respetar tanto los derechos del empresario como los de la madre trabajadora y orientar su protección hacia la corresponsabilidad con el varón de las obligaciones familiares.

La igualdad de oportunidades no equivale convertir una sociedad sexuada en una asexuada. La diferencia varón-mujer no es social sino ontológica. Y esta diversidad del modo de ser y de obrar se orienta a la mutua complementariedad en la vida familiar, social y laboral. De allí que la titularidad de los derechos laborales en orden a cumplir con las obligaciones familiares debe tener en cuenta las competencias específicas e insustituibles de cada sexo. No se trata de uniformar sino de discriminar adecuadamente con criterios de proporcionalidad. En consecuencia, al cumplir la mujer la función natural propia de la maternidad, que exigen la guardia y custodia de la vida, le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo distintos a los del varón. Por tanto, los ordenamientos jurídicos deben reflejar estas diferencias naturales para poder lograr un trato justo.

La discriminación contra la mujer en los instrumentos internacionales prohíbe tanto las diferencias de trato intencionadas como las no intencionadas. Son normas imperativas que, de acuerdo al derecho internacional, no admiten disposición en contrario. Así se deduce de los principios generales contenidos en la costumbre, en los tratados y en la jurisprudencia internacional. De allí que el derecho del trabajo otorgue una protección particular a la trabajadora embara-

zada, estableciendo figuras como el fuero maternal, que impiden el despido o la no renovación del contrato de trabajo. Esta protección condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador.

La acción positiva o discriminación inversa que debe realizar el Estado en favor de la mujer debe ser prudentemente ejercida a fin de no incurrir en nuevas discriminaciones. Pretender resolver una discriminación histórica con otra actual en perjuicio del varón, sin una base objetiva, al ser una acción injusta, suscitará nuevos conflictos, en una espiral sin fin.

El esfuerzo internacional de protección a la mujer y, en definitiva, a la familia requiere de la acción conjunta del Estado y los particulares para que la regulación jurídica del trabajo permita armonizar adecuadamente las responsabilidades profesionales con las familiares, tanto del varón como de la mujer. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo. La ruta está trazada: nos corresponde transitarla. ■

Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI*

*Party autonomy and affiliation:
challenges of the 21st century*

Montserrat Pereña Vicente**

RESUMEN

La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida ha supuesto una alteración importante en las normas tradicionales sobre determinación de la filiación, sobre todo si tenemos en cuenta que se permite recurrir a las mismas no sólo a las parejas heterosexuales con problemas reproductivos sino también a parejas homosexuales y a mujeres solas. Sin embargo, no se admite en España la gestación por sustitución. Esto ha provocado el aumento de los casos de "turismo reproductivo" en el que las personas que no pueden acceder a esta técnica en nuestro país viajan a otro en el que sí está permitida y posteriormente pretenden el reconocimiento de la filiación del niño así nacido en el extranjero.

PALABRAS CLAVE: *Filiación, gestación por sustitución, vientre de alquiler, reproducción asistida.*

ABSTRACT

Spanish legislation on assisted reproduction techniques has involved an important change in the traditional regulations related to the determination of affiliation, especially if we consider that we can resort to these not only in the case of heterosexual couples with reproductive problems but also same-sex couples and single women. However, surrogate mothers in Spain are prohibited. This has resulted in increased cases of "reproductive tourism" where people who cannot access this technique in our country, travel to another in which it is allowed, and later they aim at the recognition of the affiliation of a foreign-born child.

KEY WORDS: *Affiliation, surrogate mothers (surrogacy), assisted reproduction.*

* Recibido: 8 de febrero de 2012. Aceptado: 10 de marzo de 2012.

** Profesora titular de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.
(montserrat.perena@urjc.es).

Sumario

1. Madre biológica, madre genética y madre psicológica, afectiva, por consentimiento
2. Las incoherencias de la legislación española sobre filiación
 - A) Discordancias generales
 - B) Las incoherencias propias de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
3. La solución de la Dirección General de Registros y del Notariado
4. ¿Hacia una regulación de la gestación por sustitución?
 - A) Naturaleza de la gestación por sustitución
 - B) Supuestos en los que se permite
 - C) El consentimiento como determinante de la filiación
5. Conclusión

Tratar de determinar cuál es la esencia de la filiación nos conduce irremediablemente a poner en la balanza biología y voluntad. Ambos pueden y suelen ser componentes de la filiación, pero no podemos obviar la idea de que la voluntad es generadora, por sí sola, de filiación; es decir, que el consentimiento crea un vínculo de filiación idéntico a la filiación biológica desde el momento en que la ley reconoce a la adoptiva los mismos efectos.

Ahora bien, al tratar de aplicar esta conclusión a la filiación resultante de técnicas de reproducción asistida, especialmente en lo que se refiere a la gestación por sustitución, los planteamientos no son tan sencillos y las conclusiones a las que se llega no son pacíficas, ya que aparecen otros argumentos como la indisponibilidad del cuerpo humano o la dignidad de la persona, especialmente de la mujer gestante.

En una cuestión en la que tan fuertemente confluyen convicciones morales, religiosas, deontológicas, filosóficas, médicas y humanas, el derecho debe avanzar con cautela para adaptarse a la moral dominante, pero, a la vez, el derecho no puede vivir de espaldas a los avances de la ciencia y a lo que “de hecho” es una realidad social. La revolución que en las últimas décadas se ha producido por los avances médicos en las técnicas de reproducción asistida no puede, sin embargo, ocultar la realidad de que la gestación de sustitución es tan antigua como la humanidad. Como apunta el profesor HAUSER,¹ sería naif creer que la gestación de sustitución de niños es una invención de nuestra época; basta con leer el Génesis para descubrir a Ismael, hijo de Sarah y Abraham, gestado por su sirviente Agar. No en vano, los artículos 959 y siguientes del Código Civil,

¹ HAUSER, J. “La gestation pour autrui : aspects juridiques et éthiques”, *La liberté de la personne sur son corps*, Dalloz, París, 2010, pp. 85-103, esp. p. 86.

redactados en 1889, contienen disposiciones para evitar la suposición del parto. Precisamente el parto es el centro del debate, ya que es éste el que determina la filiación materna.

La legislación española en materia de reproducción asistida es de las más permisivas de Europa, si bien sigue manteniendo la prohibición de la gestación por sustitución (GXS) al reconocer como hecho determinante de la maternidad el parto, obviando cualquier otra consideración. Esta norma impide reconocer la filiación a favor de aquel o aquellos que tienen la voluntad o intención de ser padres del niño así gestado. Sin embargo, en los últimos meses, la aplicación del criterio del interés superior del menor ha permitido que se reconozcan algunos efectos, siempre que se cumplan determinadas condiciones que analizaremos posteriormente. Quizás esto sea un primer paso para legalizar en España el vientre de alquiler, pero nada hace pensar que esté próxima una reforma en ese sentido.

1. Madre biológica, madre genética y madre psicológica, afectiva, por consentimiento

El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRA) no deja lugar a dudas sobre los efectos de una convención de vientre de alquiler al imponer la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, quedando determinada “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución por el parto”. Sin embargo, la realidad muestra que hay múltiples maneras de eludir esta prohibición, tanto dentro como fuera de España. La admisión de esta técnica en otros países ha dado lugar a lo que se viene conociendo como “turismo reproductivo”, fenómeno por el cual parejas que, por diversos motivos, no pueden gestar su propio hijo, recurren a una “madre de alquiler” en uno de esos países en los que se admite la técnica. El impacto mediático que han tenido algunos casos de famosos homosexuales hace que, en ocasiones, perdamos de vista que son también parejas heterosexuales las que, por razones médicas o de otro tipo, pretenden recurrir a un vientre de alquiler. Así, los diferentes supuestos que podemos encontrar son:

- 1) Pareja heterosexual que, aportando su material genético, es decir, los óvulos de la mujer y el espermatozoides del hombre, necesitan un vientre que geste el embrión fecundado *in vitro*.

- 2) Persona sola, hombre o mujer, que, aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño.
- 3) Pareja homosexual o heterosexual en la que sólo uno de ellos aporta su material reproductor, de manera que la procreación es parcialmente heterónoma, y la gestación se produce en el vientre de una mujer ajena a la pareja.
- 4) Pareja homosexual o heterosexual en la que ninguno de ellos aporta su material genético, de modo que los gametos con los que se realiza la fecundación son “ajenos” a la pareja.

En los tres últimos supuestos puede ocurrir que la mujer que aporta el vientre de alquiler aporte también su óvulo para la procreación, en cuyo caso se puede decir que la mujer que presta su vientre no sólo ha gestado sino que, además,² ha “procreado para otro”.

En todos los casos descritos, cualquiera que sea el origen del material genético empleado en la procreación, existe un elemento común a todos: la voluntad de una o dos personas de convertirse en padres, con independencia de la carga genética que tenga el niño y de quién lo vaya a gestar.

Es evidente que al legislador esa voluntad no le parece suficiente, ya que la prohibición absoluta que se consagra en nuestro ordenamiento jurídico hace que la filiación no pueda ser determinada legalmente respecto a los llamados³ “padres de intención”, sino que viene determinada respecto de la madre que ha gestado y, por tanto, alumbrado al niño, incluso si ella no es la madre genética del mismo.

Es, quizá, el miedo paralizante al comercio con el cuerpo humano el que hace que, de forma excepcional, la voluntad no tenga relevancia para el derecho. Y decimos de forma excepcional porque, como hemos apuntado, alguien puede convertirse en padre o madre sin que exista ninguna aportación genética ni gestación, por la simple concurrencia de su voluntad, como ocurre en la adopción,⁴ caso en el que, respecto a la madre genética y gestante, no se va a conservar vínculo alguno.

² PÉREZ VAQUERO, C. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, Noticias Jurídicas, diciembre de 2010, p. 1: “En la subrogación tradicional (o parcial), la madre de alquiler es inseminada artificialmente para gestar un bebé con su propio óvulo (lo que conlleva, lógicamente, la contribución genética de la madre biológica al feto); mientras que en la subrogación gestacional (o plena), la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo, puesto que ha sido inseminada artificialmente en un óvulo que no es suyo (puede que sea de quienes la contratan o que provenga de una donación anónima); en este caso, la mujer sólo alquilaría su útero”.

³ Terminología que deriva de la teoría de la intención elaborada por el Tribunal Supremo de California en el caso *Johnson vs. Calvet* en 1993.

⁴ Si bien la adopción no se constituye solamente por la voluntad, sino que, siendo ésta esencial, se constituye por resolución judicial, de acuerdo con lo que dispone el artículo 176 del Código Civil.

Esto hace que nos planteemos cuál es la esencia de la filiación, y más concretamente de la filiación materna. En los casos que podríamos denominar “ordinarios”, la maternidad es el resultado de una voluntad, unos genes y una gestación, de modo que la mujer se convierte en madre por el efecto combinado de los tres.

Pero ¿qué ocurre si falta el componente genético? ¿Ya no existe posibilidad de ser jurídicamente madre? Nada más lejos de la realidad, ya que las técnicas de reproducción asistida permiten que a la mujer se le implante un embrión fecundado con un óvulo de una donante anónima, convirtiéndose en madre “biológica” del niño así procreado y respecto del cual, obviamente, no es la “madre genética”.

Concluiremos, entonces, que la carga genética no es la esencia de la maternidad, ya que, en el caso, sólo la gestación y la voluntad concurren. ¿Cuál de los dos es el determinante de la filiación? Desde luego, en el caso descrito, ambos, pero ¿cuál es el esencial?

Dar respuesta a la cuestión no es tarea fácil. Quizá el único camino para encontrar una respuesta sea buscar cuál de los tres elementos descritos no puede faltar para que una mujer se convierta en madre. Y eso sí es muy sencillo. Una mujer puede haber concebido un hijo aportando su óvulo, gestarlo y parirlo, pero si no tiene voluntad de ser madre, jurídicamente no lo será; su renuncia al niño para que éste sea adoptado hace que jurídicamente no se vaya a crear vínculo filial con ella. En cambio, una mujer puede no aportar ni su óvulo ni su útero para la gestación, pero si tiene voluntad, si consiente en ser su madre, se convertirá, por efecto de la adopción, en madre.

Concluyamos, sin ambages, que el único elemento esencial, el que no puede faltar para que se determine la maternidad, no para ordenamientos jurídicos extranjeros ni para los sociólogos, psicólogos o filósofos, sino para el ordenamiento jurídico español, es la voluntad. La misma voluntad que es esencial para que el marido o la pareja de una mujer que se somete a una inseminación artificial con donación anónima de esperma se convierta en padre biológico del niño que nace, creando en este caso el vínculo de filiación únicamente sobre la voluntad del hombre que nada biológico ni genético aporta.

134

La pregunta que nos hacemos entonces es por qué nuestro ordenamiento reconoce efectos jurídicos al hecho de alumbrar un niño si la mujer que gesta y da a luz no tiene voluntad de ser madre y, en muchos casos, el niño no tiene su carga genética sino, precisamente, la de la madre que lo quiere ser por voluntad. ¿Cuál es la razón para que la Ley imponga una maternidad contra la voluntad? Israël NISAND,⁵ catedrático de Ginecología de la CHU de Estrasburgo, a la pregunta

⁵ NISAND, I. “La gestation pour autrui : pour le cas par cas”, *La liberté de la personne sur son corps*, cit., pp. 77-83.

de quién es la verdadera madre, si la que gesta el niño o la que aporta el material genético, responde que ni una ni otra, ya que la única que es verdadera madre es la que “adopta psíquicamente” al niño. Esto es lo único que convierte a la mujer en madre, ya que, aunque exista gestación y aportación genética, si no existe esta “adopción psíquica” o sentimental, no hay maternidad.

A pesar de esta evidencia, la gestación por sustitución genera el rechazo de muchos juristas,⁶ aunque no faltan autores que abogan por su regulación.⁷ Los argumentos que se esgrimen para rechazarla ponen de manifiesto que tal práctica supone un atentado contra la prohibición de disponer y comerciar con el propio cuerpo, y nos parece, desde luego, un argumento importante y que, en toda reflexión sería en la materia, no puede obviarse. Sin embargo, ¿no es igualmente disposición del propio cuerpo la donación de óvulos y esperma que hacen los donantes anónimos que permiten que una mujer se convierta en madre de un hijo que no tiene nada genéticamente de ella ni de su pareja?

El argumento de hacer entrar en el comercio el cuerpo humano nos debería conducir a rechazar también la donación de óvulos y esperma y, en general, cualquier donación de órganos, y sin embargo la solución de nuestro ordenamiento jurídico no es ésta, sino, muy al contrario, permitir las e incluso alentarlas, estableciendo unos procedimientos y cautelas que impiden que se comercie con ellos, pero permitiendo la donación, es decir, la disposición sobre el cuerpo con intención liberal. Es decir, lo que genera rechazo a la ley española no es la posibilidad de disponer del propio cuerpo, sino la idea de hacerlo a título oneroso, aunque —como subraya QUIÑONES ESCÁMEZ—⁸ “nadie que haya dado a luz dirá que llevar un hijo en el vientre es equivalente a llevar un hígado o un riñón o a donar los gametos. La gestación genera, de un modo u otro, vínculos entre la madre y el niño”. Las implicaciones éticas y morales de la gestación por sustitución impiden a muchos incluso plantear la posibilidad de su admisibilidad en los casos en los que no hay contraprestación, de acuerdo con el sentir mayoritario de juristas y no juristas.⁹ Y es que la cuestión de la contraprestación no es el único

⁶ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del Siglo XXI*, No. 34, diciembre de 2010: “Para justificar el disfavor con que vemos el contrato de alquiler de vientres basta con analizar las motivaciones que llevan a las mujeres que prestan sus vientres para gestaciones para terceros. La mayoría de las veces económica, buscan dinero, lo que hace adecuada la denominación usual de ‘alquiler’”.

⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *La Ley*, No. 7777, 17 de enero de 2012, p. 7: “[...] probablemente sea más razonable admitir la maternidad subrogada y que quienes deseen obtener descendencia, superando los problemas de infertilidad, puedan recurrir a dicha técnica, al menos cuando puedan ofrecer a los futuros nacidos un entorno familiar que resulte adecuado y se considere tal por el legislador patrio”.

⁸ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDret, julio de 2009, p. 18 (www.indret.com).

⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de derecho civil IV*, puesto al día por J. Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2008, p. 363:

argumento que existe para rechazar frontalmente la práctica de los vientres de alquiler que toca muy de cerca cuestiones relativas a la dignidad de la persona, y especialmente de la mujer que realiza la gestación por cuenta o encargo de otro, ya que, como subraya SÁNCHEZ ARISTI,¹⁰ esta práctica genera mayor rechazo que las técnicas tradicionales de reproducción asistida porque en la gestación por sustitución “la mujer gestante no hace entrega de una parte separable de su cuerpo, sino que pone a disposición de otras personas algo tan intransferible y ligado a su propia integridad física como es su útero”.

El presente estudio no pretende hacer consideraciones éticas o morales a favor o en contra de la gestación por sustitución. Otros autores¹¹ se han ocupado ya de la cuestión y a ellos nos remitimos,¹² aunque no pretendemos disociar los aspectos éticos del razonamiento jurídico, ni se puede olvidar en éste que es la esencia misma de la vida, el poder de “crear”, lo que se juega en este procedimiento que consiste, si llamamos a las cosas por su nombre, en “hacer niños por encargo”. Gráficamente, el profesor HAUSER¹³ lo denomina la “externalización de la fábrica de niños”. Nuestra intención es tratar de poner de manifiesto las contradicciones existentes en la legislación española y las que el Ministerio de Justicia ha generado al tratar de “solucionar” algunos de los problemas que la realización de esta práctica en el extranjero provoca. Solución que se ha hecho a través de normas de rango inferior que, invocando el interés superior del menor, convierten en válido lo que la ley declara nulo.

“Lo conflictivo de esta materia en sí se ha complicado más en la vida real desde el momento en que han surgido intermediarios con ánimo de lucro, y contratos onerosos con grandes cantidades para retribuir la colaboración de otra mujer con la gestación necesitada. No hace falta mucha imaginación ni sensibilidad para comprender el rechazo mayoritario, casi unánime en la doctrina (sobre todo europea, y en la española) y en las leyes o trabajos legislativos e informes de Comisiones *ad hoc*, tanto de esa realidad como de la mediación y contratos aludidos, con algunas excepciones para los casos en que aquella colaboración sea altruista y sin remuneración alguna a título de contraprestación. Mayor apertura puede apreciarse en la doctrina y tribunales anglosajones (sobre todo en USA), y en algún ordenamiento americano.

Creo innecesario detenerme a criticar, desde cualquier punto de vista (ético, social, jurídico), ese mercado degradante que pretende disfrazar bajo cierta juridicidad egoísmos y actuaciones lindantes con lo penal y conductas atentatorias a la dignidad de la mujer-madre y, en general, de la persona humana”.

¹⁰ SÁNCHEZ ARISTI, R. “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, en *Humanitas Humanidades Médicas*, No. 49, abril de 2010, pp. 13-38, esp. p. 25.

¹¹ En contra, MUÑOZ DE DIOS, L. F. “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, en *El Notario del Siglo XXI*, No. 27, y en “¿Se ha legalizado...?”, *op. cit.*; a favor, ATIENZA, M. “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El Notario del Siglo XXI*, No. 27, y VELA SÁNCHEZ, A. J. “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, en *La Ley*, No. 7608, 11 de abril de 2011, y en “De nuevo sobre el régimen del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, en *La Ley*, No. 7815, 9 de marzo de 2012.

¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Hijos made in California*, Aranzadi Civil-Mercantil No. 3/2009, p. 2: “No es cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro derecho”.

¹³ HAUSER, J., “La gestation...”, *op. cit.*, p. 86: « L'externalisation de la fabrique des enfants a commencé par des expressions insusceptibles d'initiales ».

2. Las incoherencias de la legislación española sobre filiación

En materia de procreación asistida, España ha sido pionera, tanto desde el punto de vista médico como desde el punto de vista jurídico, ya desde la Ley de 1994. La combinación de esta precocidad con el reconocimiento que en los últimos años se ha hecho de los derechos de las personas homosexuales permite que todas las combinaciones y razones posibles sean válidas para la ley y, por tanto, produzcan efectos jurídicos en lo que se refiere a la determinación de la filiación. Sin embargo, la improvisación y la falta de rigor técnico, de la que tan a menudo hace gala el legislador, genera que, en algunos casos, existan incoherencias o contradicciones en la ley que provocan diferencias de trato no justificadas.

A) *Discordancias generales*

Algunas de las imprecisiones que se contienen en la regulación de la filiación proceden del hecho de que el concepto de la filiación por naturaleza, a la que se refieren los artículos 108 y siguientes del Código Civil, se basa en sus orígenes en una realidad biológica, real o presunta, pero en todo caso inverificable en otras épocas, mientras que ahora también se basa en ficciones a las que la ley otorga efectos jurídicos. Estas ficciones se refieren tanto a la filiación paterna como a la materna.

Por un lado, la correspondencia entre realidad biológica y filiación natural desaparece en muchos casos de reproducción asistida en los que se va a determinar la filiación natural respecto de progenitores que no han hecho aportación de material reproductor, sino que, como en la adopción, simplemente han consentido: se produce este efecto cuando el marido o la compañera de la mujer que es inseminada artificialmente con semen de donante anónimo, consiente que se determine la filiación natural respecto de él o ella, en cuyo caso, además, el artículo 8 determina que no podrá impugnar la filiación; y se produce también este efecto por imperativo del artículo 8 de la LTRHA, que en su número 3 permite que la mujer casada con otra mujer pueda manifestar ante el encargado del Registro Civil “que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge se determine a su favor la filiación respecto al nacido”. En este caso, apunta SÁNCHEZ ARISTI,¹⁴ la filiación que opera por el mero consentimiento produce “la rareza de que el hijo nacido en esas circunstancias tendría dos madres por naturaleza”.

¹⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R. “La gestación...”, *op. cit.*, p. 33.

Por otra parte, la filiación por naturaleza en relación con la madre se basa en el parto, que, hasta hace relativamente poco tiempo, suponía siempre la aportación del material genético de esa misma mujer. Es decir, las normas sobre filiación basadas en postulados antiguos no podían tener en cuenta la disociación que hoy día, por la aparición de la técnica de la implantación de embriones fecundados *in vitro*, es posible: puede haber una mujer que gesté y otra que haga la aportación genética, y esa realidad es totalmente ajena a la regulación de la filiación materna en el Código Civil. Incluso en la LTRHA tampoco se hace referencia a esta disociación, si bien el artículo 8, que determina la imposibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido con consentimiento de donantes anónimos, sean de óvulos, de esperma o de ambos, respecto a la filiación materna, no “impone” esta filiación basándose en el hecho del parto, sino basándose en el “consentimiento formal, previo y expreso” de la mujer, es decir, en la voluntad y no en la gestación.

Pero además, en las dos últimas décadas los cambios normativos y sociológicos producidos en España han hecho que la filosofía que inspiraba el reconocimiento de efectos jurídicos a las técnicas de reproducción asistida hayan cambiado por completo. Se ha pasado del aspecto médico, al considerarlas como un modo de solucionar los problemas de infertilidad de una pareja, al terreno de los derechos:¹⁵ el derecho a la vida familiar, el derecho a ser madre o padre en solitario y con independencia de la orientación sexual... filosofía que ha sido potenciada por las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, que, en sentencias como la del 3 de noviembre de 2011, consagra “el derecho de las parejas a concebir un hijo recurriendo a las técnicas de reproducción asistida”, derecho que, como indica Adeline GOUTTENORE,¹⁶ se funda o basa en el derecho a la vida privada y familiar.

Esta dinámica, peligrosa, ha permitido que se abra paso el “derecho de procrear recurriendo a las técnicas de reproducción asistida” tanto a parejas casadas como no casadas, homosexuales y heterosexuales, y a las mujeres solas. Y es aquí donde empiezan los problemas, ya que al ser la mujer actora principal del proceso de creación, es en ella en la que se centra la ley. En una legislación en la que se han puesto patas arriba instituciones como el matrimonio y la filiación para garantizar la igualdad del hombre y la mujer, con independencia de

¹⁵ Así lo ha puesto de manifiesto HAUSER, J. “L'intérêt supérieur et la filiation de l'enfant issu d'une procréation médicalement assistée”, en *La maîtrise de la vie*, Eres, pp. 187-198, esp. p. 190: « D'un côté, l'analyse exagérée de l'ensemble du droit civil des personnes et de la famille, voire de l'ensemble du droit, en termes de « droits à... », étrange revanche des droits subjectifs que l'on vouait aux gémonies au début du siècle précédent, comme étant des vecteurs d'individualisme outrancier, de délitement du lien social et surtout d'oppression des forts sur les faibles ».

¹⁶ GOUTTENORE, A. “La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Droit de la Famille*, marzo de 2012, pp. 11-15.

su orientación sexual, y en la que “el derecho a...” se ha convertido en el centro del sistema, resulta que el hombre, según la lógica propia de toda esta filosofía legislativa, es de peor condición que la mujer, al no tener cabida en la ley su “derecho a la paternidad en solitario”. Excede el objetivo del presente trabajo valorar la oportunidad de consagrar ese “derecho a ser madre en solitario” que la ley reconoce al permitir que la mujer sola recurra a las técnicas de reproducción asistida. No en vano el artículo 6 de la Ley de 2006, bajo el enunciado “usuarios de las técnicas”, consagra a “toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar” como receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la Ley. Tampoco vamos a detenernos en la cuestión de la conveniencia o no de consagrar el derecho de las parejas homosexuales a ser padres. Lo único que queremos poner de manifiesto es que toda la terminología del Código Civil relativa a la determinación de la filiación no se ha adaptado a estos “nuevos derechos”, y de ahí surge parte de los desajustes.

Desajustes e incoherencias que se acentúan porque, desde hace años, nuestro legislador se empeña en incorporar altas dosis de relativismo al derecho de familia; relativismo que se basa en considerar que la igualdad es un rodillo que nos pasa por encima y borra las diferencias, convirtiéndonos a todos en seres asexuados. Pero la igualdad no exige que la ley nos haga a todos iguales. Lo que exige es que nos garantice los mismos derechos aunque seamos diferentes. Se podrá defender, de acuerdo con la teoría de los derechos, el derecho a ser padre o madre en solitario o en compañía de otro padre o madre. Pero lo que no se puede defender es que un padre y una madre son lo mismo, como no es lo mismo ser hombre que mujer. Las leyes no pueden borrar el significado que las palabras tienen, lo que representan, porque esto es previo a la ley.

Ejemplos más coherentes, aunque no forzosamente mejores, encontramos en otras legislaciones cercanas como la francesa. En el país vecino, las técnicas de reproducción asistida siguen siendo fieles a sus orígenes: son un mecanismo admitido, regulado y reconocido, cuyo único objetivo es ayudar a las parejas con problemas de infertilidad a tener descendencia. Al no estar permitidos los matrimonios ni la adopción por homosexuales en Francia, sólo se permite a las parejas heterosexuales y no a la mujer sola, ya que el planteamiento de la ley no se basa en el reconocimiento de derechos, como el “derecho a ser madre en solitario”, sino que se hacen prevalecer las cuestiones médicas y, en caso de llevarse al terreno de los derechos, se hace prevalecer¹⁷ el “derecho del hijo a tener un padre y una madre”. Tratándose de parejas heterosexuales, únicas posibles destinatarias

¹⁷ HAUSER, J. “L'intérêt supérieur...”, *op. cit.*, p. 193: « [...] On ne sait pas trop où est l'intérêt supérieur de l'enfant de naître orphelin ? ».

de estas técnicas en Francia, ni siquiera se permite la procreación totalmente heterónoma, es decir, en la que existe donación tanto de óvulo como de semen, y, evidentemente, se prohíbe también la gestación de sustitución. En palabras de NISAND,¹⁸ la legislación francesa tiene la virtud de la claridad: lo prohíbe todo. Ahora bien, esta coherencia legal no impide la aparición de numerosos casos problemáticos en los que el Estado ha de decidir sobre la filiación de un niño nacido en el extranjero, en el que están implicados uno o dos franceses, utilizando una técnica de reproducción asistida no permitida en Francia. Las incoherencias no se muestran en la ley sino en las soluciones judiciales, que pueden ser diferentes en casos similares. La Ley de Bioética aprobada en Francia en 2011 no ha modificado en lo esencial la materia, a pesar de que en el proyecto de esta Ley se incorporaron grandes cambios que han desaparecido del texto definitivo.

b) Las incoherencias propias de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Volviendo al derecho español, ante la nulidad del contrato por el que se conviene la gestación por sustitución, los problemas encontrados se centran, como en Francia, en el reconocimiento de la filiación del niño nacido utilizando esta técnica en el extranjero. Como ocurriera en el Génesis, no podemos ignorar que, sin necesidad de viajar, dentro de nuestras fronteras el recurso a la madre de alquiler por parte de parejas homosexuales y heterosexuales se hace en la clandestinidad, y en estos casos, con mucha frecuencia, existe compensación económica. Una búsqueda rápida en Google basta para darse cuenta de que esto no es ciencia ficción. Estos casos se desenvuelven y practican en la sombra y las soluciones van desde la suplantación de la personalidad en el momento del parto, en el que la gestante declara el nombre de la madre de intención y no el suyo, hasta acuerdos entre el padre biológico homosexual, que engendra un hijo de forma natural, es decir sin recurrir a técnicas de reproducción asistida, con una mujer que, a cambio de dinero o no, consiente que el hijo sea criado por el padre, realizando, de hecho, una renuncia a su maternidad.

140

Estos casos difícilmente trascienden. Los que conocemos son aquellos en los que el o los “progenitores de intención” han recurrido a una gestante en un país en el que la técnica está permitida y pretenden el reconocimiento en España de la filiación del niño así nacido a su favor. Los casos más mediatizados suelen producirse con las *surrogate mothers* californianas, ya que en este estado americano

¹⁸ NISAND, I. “La gestation...”, *op. cit.*, p. 78.

se reconoce validez al procedimiento, tanto si es oneroso como si es gratuito, si bien dicho procedimiento está permitido en muchos otros países como Bélgica, Reino Unido, Grecia, Holanda, Brasil, India, Rumania, Rusia...

Es precisamente una gestación por sustitución realizada por una pareja de hombres homosexuales españoles en California la que ha dado origen a las ya famosas sentencias del Juzgado de Primera Instancia No. 15 de Valencia, del 15 de septiembre de 2010, y de la Audiencia Provincial de Valencia, del 23 de noviembre de 2011, así como a la Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009 y, seguramente, la que ha impulsado la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010, que ha conseguido algo inaudito: poner de acuerdo en las críticas que se le hacen a los partidarios y detractores de la gestación por sustitución.¹⁹ A todo ello nos referiremos posteriormente. Por el momento vamos a analizar las incoherencias de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

- 1) La primera contradicción o incoherencia resulta de realizar una interpretación sistemática del artículo 10 de la LTRHA, que en su No. 2 determina que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, en relación con la legislación del Registro Civil,²⁰ que permite a la mujer que alumbró al niño, que éste no sea declarado como hijo suyo, es decir, que no permite determinar la filiación materna contra la voluntad de la mujer gestante. Sin embargo, este No. 2 del artículo 10 parece no tener en cuenta que, precisamente, por definición, cuando existe el convenio de gestación subrogada, la mujer consiente en que no se determine a su favor la filiación materna del niño que gesta. Pero además, como pone de manifiesto QUIÑONES ESCÁMEZ,²¹ este precepto parece desconocer la realidad de que en el certificado registral estadounidense no consta el nombre ni la identidad de la gestante, que, de acuerdo con el derecho de California, no es tenida por madre.
- 2) La segunda incoherencia la encontramos también en la redacción del propio artículo 10 de la LTRHA, que, por una parte, declara “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, y por otra, en su No. 3 deja a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, con-

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J. “De nuevo...”, *op. cit.*, p. 1: “A pesar de su loable voluntad, que se le presume, la instrucción comentada no tiene cabida posible en nuestro ordenamiento jurídico”.

²⁰ Artículo 167, párrafo 2, del Reglamento del Registro Civil: “El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad”.

²¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. *Doble filiación...*, *cit.*, p. 6.

forme a las reglas generales”. Si un contrato es nulo, eso significa que no produce efectos, así que en el mismo artículo se consagra una nulidad que no es tal porque sí produce efectos a favor de la filiación paterna.

De acuerdo con este No. 3 del artículo 10, si el vientre de alquiler ha sido concertado por una pareja heterosexual, respecto de él podrá ser determinada la paternidad mediante el reconocimiento del hijo, que es la forma ordinaria de establecer la filiación paterna no matrimonial, si él ha aportado su semen, ya que el artículo se refiere al padre “biológico”, y ello con independencia de que lo haya hecho utilizando una técnica de reproducción asistida o de “forma natural”, y tanto si lo ha hecho en España como en el extranjero, ya que donde la ley no distingue no se puede distinguir. Pero ahí no terminan las incongruencias. Como hemos visto, en el derecho español la paternidad biológica se determina no sólo en aquellos supuestos en los que el varón aporta el semen, sino que también resulta de una técnica de reproducción asistida en la que el marido o compañero de la mujer que se somete a la misma ha consentido que la inseminación se realice con el semen procedente de un donante anónimo, por lo que nada impediría que el hombre pudiera simplemente reconocer la paternidad del niño, aunque éste no lleve su carga genética. Además, si son dos hombres los que han realizado la convención, dado que la ley española permite reconocer una doble paternidad respecto de ambos, ¿los dos pueden reconocer la paternidad biológica conforme a este No. 3?

- 3) La tercera incoherencia resulta, también, de esta salvedad que hace el No. 3 del artículo 10 a favor de la filiación paterna, que genera una diferencia de trato en relación con la mujer. Un hombre sí podría ser reconocido como padre biológico de un niño concebido mediante una convención de este tipo, pero una mujer no podría, incluso aunque haya aportado su óvulo para la procreación, es decir, aunque concurra en ella la voluntad y la aportación genética. Realmente complicado.

142 **3. La solución de la Dirección General de Registros y del Notariado**

“Vaya usted a otro país a celebrar un contrato declarado nulo por el derecho español y no se preocupe por nada que, cuando regrese, el contrato va a producir todos sus efectos”. Así podríamos resumir el mensaje que lanza el Ministerio de Justicia con la Instrucción del 5 de octubre de 2010. Como ya hemos señalado, el efecto fundamental de la nulidad de un contrato es, precisamente, la ausencia

total de efectos. Si la Dirección General reconoce esos efectos cuando el contrato se ha celebrado en el extranjero, es como si la ley ahora estableciese: “será nulo de pleno derecho el contrato celebrado en España por el que se convenga la gestación por sustitución; sin embargo, será válido el celebrado fuera de España y producirá plenos efectos en cuanto a la determinación de la filiación con arreglo a la ley española”. Esta caricaturización de la situación es, lamentablemente, la realidad. Éste es el efecto real de la Instrucción de la Dirección General, que parece haber olvidado que una instrucción no puede cambiar una ley, ni siquiera invocando el “interés superior del menor”. Un juez sí puede invocar ese interés en la aplicación de una norma, pero un órgano de la administración no puede invocarlo para corregir, no en el caso concreto, sino para todos los casos que se produzcan en el futuro, los efectos de una ley.

Si la Ley de 2006 declara nulo el contrato de gestación de sustitución, privándole de efectos, alguna razón habrá. Y si ya no existe razón para que siga siendo nulo, se tendrá que permitir, pero modificando la ley con otra ley. Esto es de primero de licenciatura, ahora grado, por lo que no vamos a dedicarle más tiempo.

La cuestión resuelta por la ya famosa Resolución de la DGRN y las sentencias de Valencia es, fundamentalmente, una cuestión de derecho internacional privado en la que convergen y se entrelazan cuestiones relativas al reconocimiento en España de sentencias extranjeras, la inscripción en el Registro Civil español de las certificaciones de registros extranjeros, y la duda sobre cuál debe ser el alcance del control de legalidad sobre tales documentos realizado en España, o si la prohibición de la gestación por sustitución contemplada en el artículo 10 se considera o no como integrante del orden público internacional español e, incluso, si se trata de una ley de policía. A razonar y argumentar todas estas cuestiones se han dedicado numerosos trabajos doctrinales. Especialmente completo es el de QUIÑONES ESCÁMEZ,²² por lo que no vamos a detenernos en repetir razonamientos que ya se han puesto de manifiesto. En cualquier caso, tanto la resolución como las sentencias se referían a un caso concreto, por lo que carecían de valor normativo general. No es el caso de la Instrucción de la DGRN, que, de acuerdo con su Exposición de Motivos, elabora unas directrices a las que “deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseada seguridad jurídica”.

En principio, parece que la Instrucción no pretende, no es su competencia, regular la licitud o ilicitud de una convención de gestación por sustitución, sino simplemente facilitar “la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero”; sin embargo, lo hace. A través de la exigencia

²² *Idem.*

de proceder a la inscripción, no mediante una certificación registral sino mediante resolución judicial que haya obtenido el exequátur, o bien mediante el control incidental que debe hacer el encargado del Registro Civil español, la DGRN impone sus propios criterios para determinar qué convenciones de gestación por sustitución producirán efectos en España y cuáles no. Con ello, sin decirlo, deja claro:

- 1) Que la prohibición del artículo 10 no forma parte del orden público internacional español ni es una ley de policía.
- 2) Que el recurso a la gestación por sustitución en un país extranjero no constituye fraude de ley.
- 3) Que no es posible la inscripción de la filiación cuando esta técnica haya sido utilizada en España, y es que, como muy acertadamente ha puesto de manifiesto VELA SÁNCHEZ,²³ la Instrucción genera discriminación económica, ya que sólo permite el reconocimiento de la filiación a aquellos españoles que hayan tenido medios para recurrir a esta técnica en el extranjero. Es evidente que discriminación económica existe por muy diferentes motivos en todos los ámbitos; el problema, añadimos nosotros a la reflexión de VELA, es que esta Instrucción la institucionaliza.

4. ¿Hacia una regulación de la gestación por sustitución?

La Instrucción ha supuesto la consagración normativa de una gran hipocresía que, además, no soluciona todos los problemas planteados. ¿Qué va a responder la DGRN a una pareja que, aportando su material genético, haya recurrido clandestinamente a una gestación de sustitución en España? ¿Quizá que tendrían que haberse ido a Estados Unidos? ¿No podrá reconocer la filiación porque en este caso no existirá el “interés superior del menor”? ¿Ese interés superior del menor sólo existe si el menor ha nacido en el extranjero? La Dirección General ha abierto la puerta de atrás, no para solucionar un problema, sino para crear muchos otros.

144

Sólo cabe regular la materia por ley, y ésta deberá optar por mantener la prohibición, con todas las consecuencias que ello conlleve, o bien admitir y regular la gestación por sustitución.

A pesar de todas las objeciones que se puedan hacer a esta práctica, una realidad se abre paso, y es que —como subraya SÁNCHEZ ARISTI—²⁴ la prohibición

²³ VELA SÁNCHEZ, A. J. “La gestación por sustitución...”, *op. cit.*

²⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R. “La gestación...”, *op. cit.*, p. 37.

legal no ha erradicado la práctica sino que la ha conducido a la clandestinidad. Es evidente que no es argumento suficiente para provocar el cambio legislativo la constatación de la falta de eficacia de la prohibición, debida en parte a su legalización fuera de nuestras fronteras; sería tan absurdo como exigir que se legalicen en España todas las prácticas aquí prohibidas que sean legales en otros países. Pero también nos parece evidente que ha de darse una solución legal que difícilmente va a pasar por una marcha atrás en lo que, al día de hoy, por vía de ley o de instrucción, ya se admite, por lo que, antes o después, se impondrá la solución permisiva que, en realidad, es la que la DGRN ha consolidado por la vía de los hechos consumados, aunque sólo a favor de aquellos españoles que tengan medios económicos suficientes para poder pagar todos los gastos que genera recurrir a esta práctica en el extranjero.

Ahora bien, de imponerse un cambio en la ley, lo que se debe exigir al legislador es que en un tema tan sensible no se imponga una reforma precipitada y de mínimos en la que simplemente se suprima el artículo 10 o éste pase de declarar nulo el contrato a establecer que será válido sin más. Autores como VELA SÁNCHEZ reclaman una “legislación razonable” en la materia. El problema reside en determinar qué entendemos por razonable. Eliminada la prohibición, los problemas no hacen más que empezar y el legislador debe tratar de anticiparse a ellos estableciendo un marco legislativo adecuado. La elaboración de esta normativa conllevará la elección de un modelo, más o menos restrictivo, en el que las opciones son variadas, por lo que una reflexión se impone para configurar una técnica en la que existe un amplio abanico de posibilidades entre las que el legislador debe elegir.

A) Naturaleza de la gestación por sustitución

Sobre lo primero que se debe reflexionar es sobre si es una técnica de reproducción asistida o si, por el contrario, su naturaleza se aproxima más a la adopción, porque de ello va a depender el régimen jurídico que se establezca.

Pocos autores se han planteado la cuestión. SÁNCHEZ ARISTI²⁵ lo hace y llega a la conclusión de que quizá lo más aconsejable sea aproximarla a la adopción, sometiéndola a un régimen jurídico semejante a ésta en los casos en los que no existe aportación de gametos por parte de los padres de intención, mientras que cuando sí exista esa aportación estaría más próxima de una técnica de repro-

²⁵ *Ibidem*, p. 28.

ducción asistida, si bien parece aproximarla en todo caso a la adopción, ya que la gestación por sustitución implica “una suerte de desamparo premeditado de un menor, desde el momento en que la mujer portadora adquiere el compromiso de entregar al niño con antelación, no ya al momento de nacer este niño, sino al momento de concebirlo”.

Compartimos la conclusión de que su naturaleza se aproxima más a la adopción, pero no porque se produzca este desamparo, porque precisamente en este caso, por definición, no existirá desamparo, ya que la presencia de los padres de intención, que en ocasiones lo único que aportan es su voluntad, expresión de su deseo de tener ese hijo, impide que exista desamparo a pesar de la renuncia de la mujer gestante.

Sin embargo, la complejidad en la ejecución de la GXS en la que la “aportación” realizada por la mujer gestante se va a desarrollar durante nueve meses y la posible ausencia de todo vínculo biológico o genético de los padres de intención con el niño, que lo serán sólo por la existencia de su voluntad, aconsejan aproximar su régimen jurídico a la adopción, con la finalidad de que exista intervención de una autoridad judicial o administrativa, si bien esto no prejuzga la naturaleza de la filiación resultante ni puede conllevar la aplicación en bloque de la normativa sobre adopción, ya que las peculiaridades propias de la GXS impiden su asimilación total con ésta. Sin embargo, assimilarla, como hace VELA SÁNCHEZ,²⁶ con las técnicas de reproducción asistida no creemos que sea lo más adecuado, salvo que se exija para su realización en todo caso la existencia de un problema de fertilidad y que se restrinjan al mínimo los supuestos en los que se permita.

b) Supuestos en los que se permite

La determinación de la naturaleza de la GXS plantea la cuestión previa o simultánea de determinar en qué supuestos se admite. Varios son los aspectos a los que se refiere la cuestión de la determinación de su ámbito.

146

- 1) Por una parte, debe establecerse si se restringe a aquellos supuestos en los que exista una imposibilidad patológica para gestar al niño o si, por el contrario, se abre a otros supuestos. Si se opta por la primera posibilidad, quedarían fuera las parejas homosexuales de hombres o los hombres que pretenden tener hijos en solitario, cuando, en realidad, son los “usuarios

²⁶ VELA SÁNCHEZ, A. J. “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, en *La Ley*, 3 de mayo de 2011.

naturales” de la gestación por sustitución. El supuesto resuelto por la Resolución de la DGRN y por las famosas sentencias de Valencia no entrarían en su ámbito de aplicación.

- 2) Por otro lado, es necesario que la ley determine si se exige o no que exista aportación genética de, al menos, uno de los padres de intención, sea hombre o mujer, es decir, que exista alguna vinculación genética con el niño, o si es posible que exista una aportación genética totalmente ajena a los padres de intención.
- 3) En tercer lugar, debe determinarse si se debe limitar a la gestación sin aportación genética de la mujer gestante, que sólo aporta su útero, o si, por el contrario, se permite también que la mujer gestante aporte el óvulo para la procreación. Si la primera solución es retenida, la GXS pasaría siempre por una fecundación *in vitro* con implantación del pre-embrión en la mujer gestante. Quizá esta solución sea la más apropiada porque, además, acentúa la “desvinculación” de la mujer gestante respecto del niño.

Combinando todas estas posibilidades, el legislador podrá optar por un modelo restrictivo o por uno permisivo.

En el modelo restrictivo, la GXS se contempla exclusivamente como una técnica más de reproducción asistida en la que se exige siempre la imposibilidad patológica de una mujer para gestar y la existencia de un vínculo genético con, al menos, uno de los padres de intención. Es el modelo que propone VELA SÁNCHEZ.

El que podríamos llamar modelo abierto o permisivo, pasaría por no exigir la imposibilidad patológica de la gestación ni la necesidad de aportación genética de los padres de intención.

Es en la determinación de los supuestos de admisibilidad donde se centrarán las dificultades mayores de una hipotética regulación. Si el legislador adopta una posición restrictiva, todos aquellos que no encajen en su campo de aplicación, que serán la mayoría, seguirán recurriendo a la realización de esta práctica en el extranjero, reproduciéndose los mismos problemas que hoy día existen para el reconocimiento o la determinación de la filiación de los niños así nacidos. Pero si el legislador opta por una solución en la que se permita recurrir a la GXS en cualquier circunstancia, por el mero concurso del “deseo de ser padre”, entramos en un terreno peligroso en el que las objeciones éticas se acentúan y que, como advierte HAUSER,²⁷ nos conduce a crear una teocracia del hombre sobre la naturaleza en materia de reproducción.

²⁷ HAUSER, J. “La gestation...”, *op. cit.*, p. 94.

c) El consentimiento como determinante de la filiación

La cuestión de los consentimientos exige determinar quiénes intervienen en la convención de gestación con carácter de parte, y por tanto han de consentir, quiénes han de asentir y respecto de quiénes se va a determinar la filiación.

Si se aproxima la GXS a la adopción, no es posible pensar que este procedimiento se efectúe únicamente en las clínicas de reproducción asistida, sino que la intervención de la administración pública se impone desde la fase previa a la concepción.

La ley debe determinar el momento en el que se presta el consentimiento irrevocable de todos ellos. Especialmente delicada es la cuestión de la prestación del consentimiento de la mujer gestante. ¿Se tendría que respetar el plazo de 30 días tras el parto que impone la ley para que la mujer consienta en que no se establezca el vínculo de filiación con el niño y por tanto éste pueda ser adoptado? Es evidente que no nos encontramos en el mismo supuesto, y aunque se aproxime la GXS a la adopción, eso no significa la aplicación en bloque de toda la normativa relativa a ésta. Entendemos que, en este supuesto, el consentimiento ha de prestarse antes, no sólo antes del parto sino antes de la fecundación, y constituye un consentimiento irrevocable, tanto por parte de los padres de intención como por parte de la mujer gestante. Consentimiento que habrá de prestarse con las mayores garantías de autenticidad y de libre formación de la voluntad.

En este caso, podríamos decir que la filiación va a quedar establecida desde el momento en que se presta el consentimiento, que es el objeto principal de la convención de gestación, aunque no su contenido exclusivo.

5. Conclusión

Cada vez son más los autores que abogan por la necesidad de que el legislador modifique el artículo 10 de la LTRHA para suprimir la prohibición en él contenida y regular la gestación por sustitución para evitar todos los efectos perversos que la “falsa” regulación de la Instrucción de la DGRN genera.

148

La historia nos demuestra que ningún avance se ha logrado sin oposición, e incluso, a veces, sin una revolución, por lo que es normal que no exista unanimidad ante una propuesta de regulación de una cuestión tan sensible como ésta, en la cual, lo que para unos sería un avance para otros es más bien un retroceso, por lo que las posiciones no son fácilmente conciliables.

En segundo lugar, no es fácil encontrar un apoyo firme en ningún derecho fundamental que justifique la necesidad de regular la gestación por sustitución.

Si el interés superior del menor aducido por la DGRN puede servir de criterio para solucionar problemas concretos, en ningún caso puede ser la base para sustentar una regulación que admita este procedimiento en nuestra legislación, ya que, a diferencia de lo que ocurre en la adopción, en la que el niño ya existe, en este caso no hay niño hasta que se concluye todo el proceso, por lo que habría que buscar otro interés o derecho en juego.

El derecho de procrear de toda persona, sola o en compañía, estableciendo un vínculo de filiación natural, incluso cuando exista una ausencia total de base natural, no es un derecho fundamental consagrado en nuestro ordenamiento jurídico ni en ningún tratado o convención internacional, aunque nuestra legislación en materia de filiación parezca dar a entender otra cosa.

A pesar de todo ello, quizá sea conveniente regular la GXS y se encuentre un consenso, aunque sea de mínimos, para ello, para, como señala SÁNCHEZ ARISTI,²⁸ terminar con esa “especie de limbo extrajurídico” que genera la prohibición actual. Pero no debemos engañarnos; regular la GXS no va a solucionar todos los problemas que existen ni va a impedir que se generen otros nuevos. ¿Qué ocurrirá con los niños que ya han nacido en el extranjero utilizando esta técnica de padres de intención españoles?, ¿se va a conceder una especie de “amnistía de determinación de la filiación” con efectos retroactivos? O, por el contrario, ¿quedarán para siempre en ese limbo por haber nacido antes de tiempo? Además, salvo que la ley no pusiera condiciones ni requisitos de ningún tipo, es decir, que permitiese recurrir a la GXS en todo caso y a cualquier persona, cosa que no ocurre en ninguna legislación de las que admiten la práctica, siempre habrá nuevos casos en los que una persona, sola o en pareja, aportando o no su material genético, recurra a una gestación por sustitución en España o en el extranjero, sin cumplir las exigencias de la ley, y entonces, como ahora, se tendrá que valorar, caso por caso, si una vez nacido ese “hijo fuera de la ley” existe un interés superior del niño que permite determinar la filiación o reconocer la que se ha determinado en el extranjero, sin ajustarse a la legalidad vigente en España. ■

²⁸ SÁNCHEZ ARISTI, R. “La gestación...”, *op. cit.*, p. 37.

Familia y herencia en el derecho cubano: ¿realidades sincrónicas?*

Family and inheritance in Cuban law: synchronous realities?

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo**

RESUMEN

Basta con una mera ojeada al derecho vigente en nuestro entorno geográfico para comprobar que las tensiones entre el derecho familiar y el sucesorio se hacen cada vez más visibles. El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar de abandonar sus pilastras, incorpore en su arquitectura las nuevas formas familiares y el arsenal de valores que esta época impone, incluidos los retos de la ciencia y de la tecnología.

PALABRAS CLAVE: *Familia, herencia, sucesión ab intestato, matrimonio, unión de hecho, divorcio, familias ensambladas, discapacidad, legítima asistencial.*

ABSTRACT

Just taking a glimpse of the current law in our geographical setting allows us to realize that family-successions law tensions are visibly increasing. Family law should lead to a new law of successions, less formalist, more protective and less rigid; without neglecting its pillars, yet assuming new family forms and the whole arsenal of values these times bring about, including science and technology challenges.

KEY WORDS: *Family, inheritance, intestate succession act (ab intestato succession), marriage, non-marital union, divorce, assembled families, disability, legitimate assistance.*

* Recibido: 8 de diciembre de 2011. Aceptado: 18 de enero de 2012.

** Profesor titular de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba. (lbgallardo@gmail.com).

En este trabajo póstumo de las vidas que fueron, descubrimos los contornos de la existencia para otro. En esto estriba la garantía y el progreso de toda nuestra civilización. Se define con la expresión jurídica de *herencia*. Mi existencia no termina conmigo mismo, aprovecha a otro; tal es el pensamiento que sirve de base al derecho hereditario.

IHERING

[...] no se pierda de vista que el derecho sucesorio ha nacido, históricamente, como una institución al servicio de la familia y debe seguir vinculado a ella.

CASTÁN TOBEÑAS

Sumario

1. La familia y la herencia: dos figuras sincrónicas en la dinámica social
2. Las tensiones entre la familia y la herencia en el derecho cubano
 - A) El derecho de sucesión *ab intestato* del cónyuge *supérstite* en los supuestos de extinción de la convivencia afectivo-marital
 - B) El inocente de buena fe en las uniones de hecho putativas, su pretendida concurrencia en la sucesión *ab intestato* del bigamo
 - C) La participación del cónyuge *supérstite* en la sucesión de los bienes comunes del fallecido
 - D) Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*
 - E) Discapacidad, familia y legítima asistencial
3. Precisos giros copernicanos en función de la sincronía

1. La familia y la herencia: dos figuras sincrónicas en la dinámica social

“(L)a persona humana no es una isla en el mundo. Nace en el seno de una familia y fallece con relaciones familiares, más próximas o más remotas”.¹ Tradicionalmente, la familia y la herencia han ido de la mano, incluso se ha entendido que la segunda es expresión prolongada de la primera, en el sentido de que con la herencia se protege *post mortem* la familia del autor de la sucesión. Histórica-

¹ LOHMANN LUCA DE TENA, GUILLERMO. *Derecho de sucesiones*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1995, t. I, p. 27.

mente la sucesión se ha incardinado a favor de la familia, de ahí que los fundamentos de la sucesión intestada han sido situados por un sector de la doctrina científica en la protección de la familia, que en definitiva ha sido quien ha contribuido en la formación del patrimonio que se transmite por causa de muerte. Desde los inicios del siglo xx, hace casi cien años, VALVERDE y VALVERDE situaba el derecho de sucesión como un eslabón cuya función era, entre otras, mantener vivo “el sentimiento de solidaridad de la familia”.² Más tarde se ha dicho, no sin razón, que el fundamento de la sucesión por causa de muerte descansa “en el valor moral de los vínculos de sangre”, en la idea profundamente arraigada del afán del hombre “de dejar a sus hijos lo que haya adquirido durante su vida”.³ Con un argumento que si bien no deja de ser rebatible no puede desatenderse, dadas las razones que se han esgrimido para fundamentar la sucesión por causa de muerte, conectadas en esencia con la familia, se ha llegado a decir que “el hombre no vive para sí solo, sino también para su familia, a la que debe sustentar, educar y proteger. La propiedad no es sino un medio de cumplir estos deberes; luego, si la persona sobre quien recaen desaparece del mundo, pero no desaparecen las cosas destinadas a la satisfacción de dichos deberes, deben éstas permanecer en la familia, de la cual constituyen el medio de conservación”.⁴

Como explica el profesor chileno TAPIA RODRÍGUEZ, “la herencia es, ante todo, una relación de familia. Diferida preferentemente en favor de los hijos, simbólicamente testifica que éstos son parte de la familia (*‘éste es mi heredero’*, se suele decir comúnmente de los hijos)”.⁵ Al decir de CARBONNIER, “es una promesa de continuidad en el futuro, de que entrarán por intermedio de los hijos en un tiempo que su condición humana les negó”.⁶ Por ello, también le asiste razón a la profesora PEREÑA VICENTE cuando expresa: “El derecho civil, y el sucesorio no es una excepción, se positiviza en sintonía con la evolución de la sociedad, aunque en ocasiones con mucho retraso, y es la plasmación de una determinada concepción de las relaciones sociales, de la familia y del individuo. En el derecho sucesorio es, precisamente, la concepción de la familia la que con mayor intensidad influye”.⁷

² VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. *Tratado de derecho civil español*, t. v: *Parte especial. Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, p. 29.

³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER. *Compendio de derecho civil*, t. v: *Derecho de sucesiones*, EDESA, Madrid, 1987, p. 14.

⁴ RICCI, FRANCISCO. *Derecho civil teórico y práctico*, t. v: *Derecho de sucesiones*, traducción de Eduardo Ovejero, La España Moderna, Madrid, s.f., pp. 2 y 3.

⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, MAURICIO. “Evolución y perspectivas del derecho sucesorio chileno”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.), *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá-México-Madrid-Buenos Aires, 2009, p. 119.

⁶ CARBONNIER, *cit. pos* TAPIA RODRÍGUEZ, M. “Evolución y perspectivas...”, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

⁷ PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT. “Supervivencia de la legítima tras las adaptaciones del derecho sucesorio a la sociedad del siglo xxi”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.). *El derecho de sucesiones...*, *cit.*, p. 94.

De este modo, familia y herencia actúan como eslabones de una cadena, directamente engarzados. Empero, esta conexión no es sólo estructural, sino también funcional. Tanto en la familia como luego en la sucesión por causa de muerte, cobran especial sustantividad los valores a los que ellas han de responder, sustentados en tiempo y lugar. No se concibe una mutación de estos valores en el orden familiar, si a su vez no repercuten con igual intensidad en el sucesorio. La sucesión por causa de muerte está en gran medida erigida sobre las pilastras del edificio familiar. Los órdenes de la sucesión *ab intestato* están informados de los afectos familiares, los cuales se presumen. Lo que acontece es que esta presunción afectiva no es estática. En la misma medida en que el derecho extiende su manto protector a nuevas formas familiares, sus miembros deben cobrar igual protagonismo en las normas sucesorias. Así, por ejemplo, resulta un verdadero conato de egoísmo que el legislador les deje la posibilidad de concurrir a la sucesión, según el mero arbitrio del testador, de manera que las normas familiares le cobijen y las sucesorias, como en ocasiones suele suceder, le den la espalda. Si bien el testamento es la ley de la sucesión, el principio de solidaridad familiar cobra mayor protagonismo en las sucesiones legítima e intestada, incentivado por el *animus legislatoris*.

La realidad social cubana ofrece hoy día un variopinto panorama de las diversas formas familiares elegidas por las personas para desarrollar su proyecto de vida, aunque en nuestro entorno las normas familiares no siempre están atentas a ellas, ni qué decir de aquellas de naturaleza sucesoria. No obstante, en todo caso, es necesaria una doble mirada, o si se quiere una mirada única, prolongada, en la que la protección desde el derecho no se detenga en el entorno familiar, pues precisamente la muerte de uno de sus miembros hace brotar relaciones de contenido sucesorio que han de estar también a buen recaudo.

2. Las tensiones entre la familia y la herencia en el derecho cubano

Llama la atención que este enfoque sea tan poco tratado por la doctrina científica. Hoy día se escribe tanto en temas de derecho familiar que resulta paradójico que se deje a un lado el estudio de la conexidad que opera entre familia y herencia. Los propios familiaristas al deslindar la parcela de la que se ocupan erigen muros, en ocasiones hasta aparentemente infranqueables, para aislar “su materia” de otras que pueden resultar afines. Pero no se trata de cuestiones didácticas o metodológicas, sino ontológicas *per se*. Cada vez son más evidentes las tensiones que protagonizan la familia y la herencia en el derecho cubano. No

se puede hablar de familia si no se alcanza con ella la propia sucesión por causa de muerte, como expresión natural de la vida. No hay dudas que aun cuando se abogue por una libertad de testar, es lo más común que la persona disponga de su sucesión a favor de otras que están emparentadas con él por vínculos consanguíneos o afines, o en beneficio de su cónyuge o pareja de hecho, es decir, a favor de la familia, ya sea ésta nuclear o extendida.

Empero, las tensiones entre la familia y la herencia se sienten, y en el derecho cubano se hacen palpables, en primer orden desde el mismo momento en que la familia y la herencia tienen asentamientos legales diversos: el Código de Familia es anterior —cronológicamente hablando— al Código Civil; responden al proceso de recodificación operado en Cuba en las primeras décadas de la Revolución, pero aun así, sus ponentes y su proceso de aprobación fue disímil. El Código de Familia deja subsistente un derecho sucesorio reconocido en un Código Civil decimonónico, para más impuesto en Cuba por España, del cual se sabía al momento de aprobación del citado Código de Familia que lo que le restaba por vivir era efímero, pero aun así, subsistente tras la entrada en vigor de un Código calificado como uno de los más “progresistas” para la década de los setenta en Latinoamérica, de modo que durante más de una década “conviven” un Código de Familia de avanzada, de corte socialista, y un Código Civil del siglo XIX de corte semifeudal, que responde a otros requerimientos históricos y sociales. No obstante, no puede negarse que el Código de Familia cubano se ajusta en su modelo a ciertos perfiles en materia sucesoria que luego fueron abrogados por el Código Civil de 1987, el que a su vez no encuentra apoyo en las normas del Código de Familia, que nunca se ajustaron a los cambios introducidos por este último en sede sucesoria. Lamentablemente, hoy día ambos han quedado a su vez desfasados con la historia contemporánea de nuestro país y no responde el primero a las familias que hoy tienen reconocimiento social, ni tampoco el segundo a los reclamos que en materia sucesoria estas familias exigen, pero se trata entonces de tensiones que no operan *ad intra* entre estas instituciones, sino *ad extra*, con mayor connotación sin dudas.

Mientras la familia es foco de atención no sólo de los juristas, sino también de sociólogos, filósofos, economistas, demógrafos, psicólogos, la sucesión por causa de muerte sólo se estudia escasamente por los juristas, de modo que se distancian ambas figuras, tal y como si no estuvieran adheridas por nervios centrales del ordenamiento jurídico de cualquier sociedad.

A guisa de ejemplo podemos formular multitud de interrogantes. ¿Cómo es posible que el matrimonio se extinga por declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges, pero sólo a partir de que dicha declaración quede firme (artículo 44 del Código de Familia), en tanto que el Código Civil,

con mucha más lógica, establece que “Los efectos de la declaración se retrotraen al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido” (artículo 36.2)? ¿Es que el matrimonio se entiende extinguido en la fecha en que adquiere firmeza la resolución judicial en la cual se contiene la declaración de presunción de muerte y la sucesión abierta en fecha muy anterior, coincidente con el acontecimiento que hizo presumir la muerte o aquella en que se tuvieron noticias de la existencia con vida del desaparecido? ¿Cómo es posible abrir una sucesión por causa de muerte y entenderse subsistente el matrimonio?⁸ ¿Por qué razón no se excluye de la sucesión *ab intestato* del hijo, al padre que se ha negado a reconocer la filiación y que incluso ésta se ha impuesto en contra de su voluntad tras el éxito del proceso judicial correspondiente promovido por la madre en representación de su menor hijo? ¿Por qué no admitir este caso como un supuesto de exclusión legal de la herencia y no en cambio tener que recurrir a un proceso judicial para interesar la incapacidad sucesoria del padre, con lo que ello implica en el orden afectivo para los demás herederos concurrentes, esencialmente la madre, que ha tenido la desdicha de perder a su hijo, con la consiguiente carga probatoria que tendría que aportar al proceso, lesiva además en el orden emocional? ¿Por qué no incluir como una consecuencia de la privación de la patria potestad del progenitor la exclusión legal del derecho a heredar al hijo por las reglas de la sucesión intestada y no tenerse que promover *a posteriori* un proceso ordinario de incapacidad para suceder al amparo del artículo 469.1, inciso c, del Código Civil, con la consiguiente carga probatoria de quien ejercite la acción de incapacidad sucesoria, lo cual no resulta siempre exitoso ante nuestros tribunales?⁹ Si

⁸ Vista en abstracto la expresión contenida en el artículo 44 del Código de Familia, nos hace suponer que el legislador del Código de Familia parte de una tesis distinta al del Código Civil, de modo que para el matrimonio no regiría la retroactividad de los efectos de la declaración judicial de muerte presunta que predica el artículo 36.2 del Código Civil, pero una interpretación sistemática e integradora apuntaría hacia una tesis contraria. No puede interpretarse aisladamente el artículo 44, en su único párrafo subsistente, del Código de Familia, pues la figura de la muerte presunta está regulada en el Código Civil, y uno de cuyos efectos es el ser causa de extinción del matrimonio, materia que en función de su naturaleza es regulada no por el Código Civil, sino por el Código de Familia, pero en todo caso este último tiene que ajustarse a lo previsto en el primero. *Ergo*, una interpretación lógica de ambos preceptos, evitando cualquier colisión, sería la de entender extinguido el matrimonio una vez firme la declaración judicial en que se contiene la declaración de muerte presunta, pero retrotrayéndose tales efectos “[...] al momento en que se produjo el acontecimiento que hizo presumir la muerte o se tuvieron las últimas noticias del desaparecido”. Lo contrario sería admitir el absurdo de que respecto de un sujeto desaparecido, *v. gr.*, A, del cual se tuvieron las últimas noticias el 18 de agosto de 1998, declarado presuntamente muerto en virtud de auto de fecha 26 de noviembre de 2005, firme desde el 8 de diciembre de 2005, se abra su sucesión a la fecha 18 de agosto de 1998 y se tenga extinguido su matrimonio con fecha 8 de diciembre de 2005, pues ello supondría que a la primera fecha pudiera promoverse la liquidación de su caudal hereditario, mientras la comunidad matrimonial de bienes no quedaría extinguida hasta el 8 de diciembre de 2005: un absurdo jurídico imposible de defender.

⁹ A modo de ejemplo cabe citar la sentencia No. 77 del 29 de septiembre de 2006, en su primer considerando (proceso ordinario), de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La

la privación de la patria potestad es la más grave sanción en la que pueda estar incurrido el progenitor respecto de la prole,¹⁰ ¿cómo es posible que el legislador la limite en sede familiar, y que luego en materia sucesoria haya que recurrirse a la vía judicial a promover otro proceso, tan lacerante en el orden afectivo como el primero, cuando además se ha tenido el infortunio de ver morir al hijo?

Habana (ponente Alfaro Guillén), a cuyo tenor se deja esclarecido que "la institución jurídica que sirve de objeto al proceso es la incapacidad para heredar, categoría que supone la extinción de las prerrogativas que la delación hereditaria dispensa a los llamados a la sucesión, que constituye una categoría por excelencia restrictiva de derechos en materia sucesoria y en tanto *debe resultar de aplicación exclusivamente a aquellos supuestos en los cuales las causales legalmente establecidas que se tipifiquen queden sobradamente acreditadas*, lo cual no se pone de manifiesto en el presente caso, tratándose de una causal relativa y prevista en el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, inciso c, del Código Civil cubano y *toda vez que en modo alguno logró la actora acreditar a la Sala la negativa, ni tan siquiera evasiva, de atención o alimentos de los demandados y herederos testamentarios con respecto a la causante de cuya sucesión se trata, y tampoco el reclamo fáctico de la fallecida a los mismos de tales atenciones*, lo cual impide a la sala pronunciarse como se solicita, con respecto a la incapacitación sucesoria de los demandados, a cuyo tenor debe tener en cuenta el juzgador, no cualquier situación de despego o descuido por parte de los llamados a la sucesión, sino conductas de verdadera indolencia y desatención de los mismos con respecto al causante [...]" (el resaltado es nuestro). Más recientemente, la sentencia No. 328 del 31 de agosto de 2011 (segundo considerando) de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente Acosta Ricart), en la que en similar asunto explicita que "[...] la situación de hecho que dejó establecida la sentencia prevalece *en tanto la recurrente no logró desvirtuarla con el motivo de prueba como hubiere correspondido* y por tanto la misma no es subsumible en el precepto específico que se acusa infringido al no haber tenido por acreditada la sentencia que por la heredera testamentaria se hubiere incurrido en alguna de las conductas que relaciona el inciso c) del apartado uno del artículo cuatrocientos sesenta y nueve del Código Civil [...]" (el resaltado también nos corresponde).

¹⁰ Vid. entre otros, los siguientes razonamientos judiciales en procesos de privación de patria potestad: "[...] siendo además una medida tomada por el Tribunal competente considerada como de gravedad extrema al tener el carácter de irrevocable, dada la incidencia que tiene sobre la vida familiar tanto del privado como del menor en cuestión, a quien se le debe cuidar para su debida protección de acuerdo a lo que resulte más beneficioso para su bienestar, al tenerse que demostrar que resulta perjudicial que el padre continúe ostentando dicha potestad en el ámbito de decisión del infante [...]" (sentencia No. 61 del 31 de agosto de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, primer considerando, ponente Blanco Pérez); "[...] nos encontramos ante un litigio que trasciende a la vida familiar pues se pretende la privación de la patria potestad de una madre sobre su hijo, obligación legal ésta regulada en el artículo ochenta y cinco del Código de Familia y que no es más que aquella institución del derecho de familia derivada de la filiación que hace referencia a todo un conjunto de deberes relativos a la debida protección, manutención y educación de acuerdo a las normas sociales que rigen nuestra sociedad que recaen sobre los progenitores con relación a la persona y bienes de sus hijos, la que tiene carácter personalísimo, es intransferible y exige su ejercicio activo por parte de los padres, pues de lo contrario el menor puede resultar perjudicado, razón por lo cual el abandono de una madre para con su hija y la despreocupación total en su cuidado, atención y manutención es razón sólida y suficiente para privarla del ejercicio de la patria potestad" (sentencia No. 70 del 10 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana, primer considerando, ponente Lara Sanabria); "[...] el ejercicio de la patria potestad conferido a los progenitores sobre sus menores hijos en los artículos ochenta y cinco, ochenta y seis y ochenta y siete del Código de Familia comprende una serie de derechos y deberes de los padres que en definitiva tributan en beneficio del desarrollo y crecimiento de sus pequeños en el lapso por el cual no tienen la capacidad suficiente para velar por sí mismos de su educación, ni para realizar actos que trasciendan a su esfera jurídica. Es por todo ello que nuestros tribunales a la hora de decidir sobre la suspensión o privación del ejercicio de la patria potestad de uno o ambos padres han de proteger por encima de cualquier otro aspecto el interés superior del niño y adoptar, en todo caso, la decisión que resulte más beneficiosa para el menor" (sentencia No. 14 del 18 de febrero de 2011 de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, primer considerando, ponente Insua Gamboa).

¿Qué sentido tiene que, en principio, tenga derecho a heredar al hijo, según las reglas impuestas por el legislador, el progenitor cuyo comportamiento ha sido de tal magnitud que se le ha privado de la más importante función que ha de desempeñar en la vida: la de ser padre o madre? En todo caso, debería invertirse el *statu quo* establecido por el legislador: que sea el hijo cuando tenga la edad establecida por el Código Civil para testar (18 años, o menos si ha formalizado matrimonio, según el artículo 29) quien exprese en su testamento, aun cuando su progenitor o progenitora haya sido privado de la patria potestad, su voluntad de que concurra a su sucesión como heredero o como legatario, no así durante su minoridad, de modo que de fallecer en ese periodo, correspondería al legislador excluirlo o excluirla de pleno derecho de la sucesión por causa de muerte, pues repulsa no sólo el más estricto apego a los principios del derecho, sino también de la ética y de la moral, el que la privación de la patria potestad no comporte efectos automáticos de pérdida del derecho a heredar.

Similares tensiones existen entre la aceptación de la herencia y la figura del tutor. En un ordenamiento jurídico en el que la aceptación de la herencia pueda comprometer el patrimonio del heredero, en tanto la responsabilidad por deudas y cargas de la sucesión sea *ultra vires*, se justifica entonces que el tutor solicite autorización judicial para tal aceptación, pues pudiera resultar perjudicial para el patrimonio de su pupilo. De ahí la *ratio* del artículo 155.3 del Código de Familia, a tono con el artículo 1003 del Código Civil español, vigente en la fecha de promulgación del mencionado Código de Familia, pero con la aprobación del Código Civil de 1987 tal precaución legal no tiene razón de existir, dado que el artículo 525.1 de este último cuerpo legal estableció la responsabilidad hereditaria *intra vires* como regla legal, única y exclusiva, de manera que en el ordenamiento jurídico cubano el heredero nunca verá ligado su patrimonio con las deudas del causante, pues para ello tendrá el patrimonio que hereda, único soporte sobre el cual podrán dirigirse los acreedores del causante; *ergo*, no hay razón entonces para que se mantenga subsistente la tramitación de una autorización judicial que por imperio de la ley siempre será concedida porque nunca existirá un supuesto en que la aceptación de la herencia por el pupilo pueda afectar su patrimonio, ya que éste, en todo caso, quedará ajeno a cualquier apetencia crediticia. En esta propia sede, ¿resulta lógico que el tutor que ha sido removido de su cargo, al amparo del artículo 159 del Código de Familia, pueda a su vez heredar al pupilo, no por motivo de la tutela sino por razón del parentesco que le vincula con éste? ¿Por qué no hacerlo incurso en una causal de exclusión legal del derecho a suceder por causa de muerte al pupilo? Es cierto que cabría la posibilidad de promover un proceso ordinario de incapacidad para suceder sobre la base de que el presunto llamado a la sucesión le negó alimentos o atención

al causante (*vid.* artículo 469.1, inciso c, del Código Civil), pero pudiera darse el caso de que la causa de remoción no haya sido porque desatendió al pupilo, sino porque mal administró el patrimonio de éste. En fin, si usted ha incumplido gravemente sus deberes como tutor, sea en la esfera personal o en la patrimonial que la tutela comporta, no debiera concurrir a la sucesión del pariente que una vez fuera su pupilo, de la misma manera que no aceptar el cargo de tutor por causa injustificada debiera ser reconocida como una causal de incapacidad para suceder. Supuesto en el cual sí que habría que promover el proceso correspondiente, pero en todo caso ello se justificaría, pues pudiera erigirse como una “sanción” establecida también en las normas reguladoras del derecho sucesorio ante un comportamiento objetable no sólo desde la óptica jurídica, sino también desde el punto de vista ético, si se probara que la excusa alegada por el llamado a asumir el cargo de tutor no justifica su negativa.

En materia de incapacidades para suceder, el Código Civil cubano prevé un supuesto interesante, trasunto del Código Civil español (artículo 164.2). En efecto, el artículo 472 dispone que si el incapaz para suceder tiene hijos o descendientes, la participación que le hubiere correspondido al incapaz pasa a éstos por representación sucesoria (ex artículos 512 y 514 del Código Civil), pero en este supuesto se le excluye por ley de la administración de los bienes heredados, lo cual es lógico, pues resultaría un contrasentido que el incapaz para suceder no pueda concurrir a la sucesión y que, no obstante, los bienes transmitidos a título de herencia o de legado los administre en razón de la patria potestad que tiene sobre sus hijos (téngase en cuenta que de tratarse de otros descendientes, la administración de dichos bienes les correspondería a sus progenitores y no a sus abuelos).¹¹ No obstante, nuevamente familia y herencia se convierten en realidades asincrónicas; por ejemplo, declarado incapaz para suceder el hijo del causante de la sucesión, concurre a la herencia por representación sucesoria su hijo, a la vez nieto del causante, quien se adjudica el patrimonio que sería administrado con exclusividad por su madre, otrora nuera del causante, ¿*quid* si el hijo fuere huérfano de madre?, o sea, ¿qué acontecería si faltare el otro progenitor, ya sea por fallecimiento o por privación o suspensión de la patria potestad? ¿Quién administraría el patrimonio heredado? Las normas del derecho familiar nada resuelven, porque no está prevista la figura del defensor *ad litem* ni existe la posibilidad por ley de nombrar un tutor para la administración del patrimonio, distinto de un tutor para la persona.¹² La tutela sólo opera en supuestos de mi-

¹¹ Posición disímil sostiene en la doctrina peruana LOHMANN LUCA DE TENA, G. *Derecho de... i, op. cit.*, pp. 195 y 196.

¹² Téngase en cuenta que el artículo 164.2 del Código Civil español sí prevé la solución, de modo que los bienes heredados “serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado”.

noridad o de declaración judicial de incapacitación (*vid.* artículos 137 y 138 del Código de Familia) y la curatela desapareció del ordenamiento jurídico cubano. En tanto, el fiscal podrá representar al menor en situaciones como ésta en un acto concreto (*vid.* artículo 60 del Código Civil), pero no administrar durante toda la minoridad el patrimonio heredado, pues ello no está entre sus funciones, ni el propio desempeño de la profesión como fiscal se lo permitiría. Sólo cabría, y en el supuesto de la sucesión testamentaria, que un testador bien precavido nombrare un administrador a tal fin.

Por otra parte, el derecho sucesorio concibe como causal de incapacidad para suceder el negar alimento o atención al causante de la sucesión, empero, en lo que a los alimentos concierne, sólo son exigibles entre ascendientes y descendientes recíprocamente, cónyuges y hermanos (*vid.* artículo 123 del Código de Familia), en tanto que la sucesión se extiende más allá, comprendiendo el quinto orden o llamamiento sucesorio, no sólo a los hermanos, sino también a los sobrinos (artículo 521 del Código Civil). Si la herencia se extiende hasta los sobrinos, es lógico que la obligación a darse alimentos a los parientes se prolongue hasta aquéllos. ¿Por qué el sobrino puede heredar al tío, y en vida de éste, cuando le urge la necesidad de alimentos, resultando solvente el tío, no está legitimado por ley para exigirlos? ¿Tendría que esperar la muerte del tío para pasar a mejor fortuna el sobrino, necesitado de alimentos? ¿Cuándo los sobrinos podrían declararse incapaces para suceder por haberle negado alimentos al tío? Siempre he sustentado la tesis de que la sentencia estimatoria de la declaración de incapacidad para suceder ex artículo 469.1, inciso c, cabe aun en el supuesto de que no se pruebe la reclamación judicial de alimentos, criterio no siempre compartido por el Tribunal Supremo,¹³ pero aun así, tratándose de los sobrinos, los interesados en la incapacidad sucesoria de éstos nunca tendrían que probar tal particular, porque no habría posibilidad de ello, ya que conforme con el de-

¹³ Sentencia No. 252 del 8 de agosto de 2008, segundo considerando, ponente González García: "[...] con independencia de que efectivamente no se requiere que la ahora fallecida en vida hubiere establecido demanda o reclamación para procurar que el demandado le brindara atención o alimentos, a los efectos de apreciar el alegado incumplimiento de tales menesteres, es lo cierto que semejantes afirmaciones del actor, ahora recurrente, no han sido convenientemente probadas; en cuya acreditación sin dudas hubiere sido un elemento valioso que tal demanda o reclamación se hubiere materializado y no siendo así, el sustento de la demanda resulta endeble [...]" (la cursiva es nuestra).

Sentencia No. 303 del 25 de octubre de 2010, tercer considerando, ponente González García: "[...] acusa la recurrente como infringido el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil, habida cuenta que aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta, soslaya que la negativa de alimentos o atención a que se refiere el señalado precepto implica intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlas que, requerido a esos efectos por el necesitado, evade el cumplimiento de tal carga, situación que en modo alguno puede asimilarse a la conducta del demandado por el simple hecho de haberse domiciliado en provincia distinta a la de su causante, que por demás no necesitaba de manera imprescindible de su atención, pues gozaba del cuidado de quien ahora recurre [...]".

recho vigente, el tío (causante de la sucesión) nunca habría estado legitimado por ley para promover demanda en proceso sumario en caso de alimentos frente a sus sobrinos. En todo caso tendrían que probar la necesidad de alimentos que en potencia tenía el causante, aunque por ley no estuviere legitimado para exigirlos a los sobrinos. En tanto que el tío, le haya procurado o no alimentos al sobrino, ni éste podría habérselos exigido judicialmente porque la ley no le legitima, ni aquél venía obligado a hacerlo, ni tan siquiera sería condenado en el orden sucesorio, pues si bien los sobrinos pueden heredar a los tíos, no acontece lo contrario, en tanto el llamamiento a favor de los colaterales ordinarios fue cercenado en el Código Civil cubano de 1987.

Otra cuestión distinta sería la negativa de atención al causante de la sucesión, pues al incluirse en este concepto otras actitudes del presunto llamado a la sucesión con respecto al causante, las posibilidades para ser declarado incapaz para suceder se abren, pues la ausencia de atención supondría en sentido general la negativa de cuidado, esmero, vigilancia, estar a la mira, tener en cuenta, incluso procurarle afecto, demostrado lo cual vedaría de concurrir a la sucesión a quien, en circunstancias ordinarias, fuese llamado a sucederle, sin tener que acudir al concepto más concreto de alimento.¹⁴

A) El derecho de sucesión ab intestato del cónyuge supérstite en los supuestos de extinción de la convivencia afectivo-marital

El derecho de familia cubano muestra una arista sumamente interesante. Conforme con el artículo 2 del Código de Familia en relación con el artículo 18, en el concepto de matrimonio prima el elemento consensual sobre el de naturaleza formal. Se entiende por matrimonio la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer a fin de hacer vida en común; de ello se colige que para el matrimonio son esenciales: la aptitud legal, la singularidad y la estabilidad, y que esa vida en común sea, además, entre personas de diversos sexos. Se realiza la vida en común como presupuesto en el que se sustenta el matrimonio; la

¹⁴ En este sentido lo ha interpretado el Tribunal Supremo, aun cuando no ha apreciado en el no recurrente estar incurso en esta causal de incapacidad sucesoria. En su sentencia No. 303 del 25 de octubre de 2010, tercer considerando, ponente González García, dejó dicho: "[...] acusa la recurrente como infringido el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, apartado primero, ordinal c, del Código Civil, habida cuenta que aún cuando acierta al afirmar que las circunstancias a que el mismo se refiere deben apreciarse de manera alternativa y no conjunta, soslaya que la negativa de alimentos o atención a que se refiere el señalado precepto implica intencional actuación u omisión del obligado a dispensarlas que, requerido a esos efectos por el necesitado, evade el cumplimiento de tal carga, situación que en modo alguno puede asimilarse a la conducta del demandado por el simple hecho de haberse domiciliado en provincia distinta a la de su causante, que por demás no necesitaba de manera imprescindible de su atención, pues gozaba del cuidado de quien ahora recurre [...]".

unión afectiva entre un hombre y una mujer se eleva a un plano esencial, de modo que si se prueba su existencia, cualquiera de los miembros de la pareja, de no existir común acuerdo entre ellos, puede instar al tribunal para el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, con los efectos propios del matrimonio (entre ellos la apertura del asiento de inscripción registral en el Registro del Estado Civil correspondiente, *vid.* artículos 58, inciso *b*, y 72 de la Ley del Registro del Estado Civil, y 113, inciso *b*, del Reglamento), acción que no se extingue con el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, pues sus herederos pueden ejercitar el reconocimiento *post mortem* del matrimonio no formalizado del que era coprotagonista su causante. Cuando apunto hacia la consensualidad reconocida por el legislador del Código de Familia, lo hago sin obviar que, en todo caso, para que exista matrimonio hay que formalizarlo o reconocerlo judicialmente, de modo que el ropaje jurídico del matrimonio se impone por el propio legislador,¹⁵ pero sobre la base de la unión afectiva preexistente de la pareja, aun cuando el matrimonio se formalice con efectos *ex nunc* o se reconozcan efectos *ex tunc*, tal y como es posible en Cuba, por vía de formalización o reconocimiento judicial.¹⁶ En todo caso, la unión afectiva de la pareja es el presupuesto básico para que ella se eleve a matrimonio.

Expone la profesora MESA CASTILLO que el Código de Familia utiliza distintas expresiones, en ocasiones empleadas indistintamente, cuando en realidad no lo son. Así, la unión matrimonial se refiere al hecho mismo por el cual el hombre y la mujer, con aptitud legal, consienten voluntariamente en unirse para hacer vida en común, de manera singular y estable. Matrimonio es el acto por el cual la pareja concurre voluntariamente ante el funcionario facultado para ello y deja legalizada su decisión de unirse en matrimonio o la unión matrimonial iniciada anteriormente, retrotrayendo sus efectos al día en que comenzó ésta. En tanto que matrimonio judicialmente reconocido es el acto a través del cual uno de los miembros de la pareja insta al tribunal para que éste, a través de sentencia, reconozca la existencia de la unión matrimonial, aun cuando el otro de los miembros de la pareja haya fallecido, incluso habiendo fallecido ambos, supuesto en el cual serán partes en el proceso los herederos de uno y otro miembros de la pareja. La sentencia en este caso será a la vez declarativa y extintiva, o sea, se entenderá

¹⁵ Como expone la profesora MESA CASTILLO, "el concepto de matrimonio establecido en el primer párrafo del artículo 2 del Código de Familia [...] define la esencia de la unión conyugal en la voluntad concertada libre de ataduras jurídicas de un hombre y una mujer con la finalidad de una convivencia común. Recoge así implícitamente [...] la definición del concubinato dentro del concepto de matrimonio, pero sólo le da expectativas de validez jurídica en el segundo párrafo, si esta unión libre, de hecho, se reconoce o se formaliza". *Vid.* MESA CASTILLO, OLGA. "El tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 18, julio-diciembre de 2001, p. 13.

¹⁶ Sobre el tema *vid.*, entre otros, MESA CASTILLO, OLGA. "El reconocimiento judicial de matrimonio no formalizado. Mito y realidad", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 3, julio-septiembre de 1991, pp. 76-91.

extinguido el matrimonio reconocido sin necesidad de promover proceso judicial de divorcio, pues lo que se reconoce es un hecho pretérito.¹⁷

Esta singular manera de concebir el matrimonio en el derecho cubano me lleva a pensar en clave sucesoria. Si el derecho de sucesión entre los miembros de una pareja existe desde que se formaliza el matrimonio o desde la fecha en que se retrotrajeron los efectos de éste, que se hace coincidir con aquella en la que ambos contrajeron o consintieron voluntariamente en unirse, o la de inicio de esa unión matrimonial no formalizada, luego reconocida judicialmente como matrimonio por el tribunal, dispuesto así por sentencia judicial, es lógico que quede extinguido, siguiendo la propia clave, en la fecha en que la pareja se separó, o sea, la fecha en la que se extinguió la vida en común, la fecha en que finiquitó esa unión, entre un hombre y una mujer, de naturaleza afectiva. Empero, no acontece así, o al menos no resulta homogéneo en los supuestos de divorcio.

Si se concurre a reconocer judicialmente el matrimonio, la sentencia que así lo dispone será consecuente, y como reconoce un hecho pretérito se limita a declarar la fecha de inicio y de terminación de la unión, que por supuesto no coincide con aquella en la que se interpone la demanda —se trata de una anterior— pero sí con la de finalización de ésta. Cuando se nombra un abogado para promover el proceso judicial, ya la unión matrimonial que tenía contraída la pareja se ha extinguido, pero se buscan efectos jurídicos, esencialmente patrimoniales, porque los de naturaleza personal no pueden reclamarse en clave de reconocimiento judicial del matrimonio. Sin embargo, en la sentencia quedará fijada la fecha en que finiquitó la unión, algunas veces extinguida por la muerte de uno de los miembros de la pareja, *ergo*, se promovería el proceso frente a sus herederos. En tal caso, la sentencia es el presupuesto para interesar después la declaración de heredero *ab intestato* del causante, ahora en la condición de cónyuge *supérstite*, tras el éxito del reconocimiento del matrimonio. No obstante, ya se promueva el reconocimiento del matrimonio *inter vivos* o *post mortem*, éste se hará coincidir con la vigencia en el tiempo de la unión afectiva existente entre el hombre y la mujer,¹⁸ lo cual no acontece en sede de divorcio, dado que la sentencia que dispone la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o la escritura pública en la que se instrumenta el mutuo acuerdo de los cónyuges en poner fin al matrimonio existente entre ellos a través del divorcio, no expresa la verdadera fecha en la que finiquitó la unión afectiva y convivencial existente entre los miembros de la pareja. Nuestro Código de Familia no es consecuente con sus propios postulados, pues si bien los contrayentes de la unión matrimonial

¹⁷ Vid. MESA CASTILLO, OLGA. *Derecho de familia*, Félix Varela, La Habana, 2010, pp. 72 y 73.

¹⁸ No es tema de este análisis la posibilidad de reconocimiento judicial de las uniones homoafectivas.

pueden interesar, al momento de formalizar matrimonio, los efectos de éste para hacerlos coincidir exactamente con el momento de inicio de la unión afectiva marital, no les es dable hacer lo mismo cuando de común acuerdo, por ejemplo, concurren ante notario para instrumentar el divorcio, de modo que los efectos de éste sean tan retroactivos como el propio matrimonio, o sea, el derecho positivo no permite hacer coincidir los efectos del divorcio con la fecha de extinción verdadera de la vida en pareja de sus miembros, particular que se agrava cuando en un matrimonio, separados de hecho por años los miembros de la pareja, pero no divorciados, uno de éstos fallece, supuesto en el cual se entiende extinguido el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges (*vid.* artículo 43.1 del Código de Familia), manteniéndose subsistente, paradójicamente, el derecho de sucesión por causa de muerte a favor del *supérstite*. ¿Por qué no hacer coincidir en tal supuesto el derecho con la realidad social? Es cierto que en tal caso existe negligencia por no haberse promovido el divorcio en tiempo. Muchas veces se trata de personas que llevan años separadas entre sí, que incluso han tenido durante esos años otras parejas estables, sin embargo, de acuerdo con el derecho, se mantuvieron casados y los bienes adquiridos a título oneroso durante ese interregno forman parte de la comunidad matrimonial, divisibles de por mitad con su cónyuge, quien incluso le heredará no sólo en los bienes propios, sino también en los comunes, a menos que haya testado (*vid.* artículos 514 y 517 del Código Civil).

Otra vez familia y herencia no se hacen coincidir; todo lo contrario, se evidencia una asimetría más del ordenamiento jurídico. Si el fundamento del cónyuge para concurrir a la herencia es el *ius connubii*, es cierto que un mero razonamiento formal daría la razón de que es suficiente acreditar la subsistencia de la condición de cónyuge al momento del deceso del causante, pero sólo en ese entendido formalmente es el cónyuge conforme con el dictado actual de nuestro derecho positivo, pero si la sucesión se basa en los afectos y se puede demostrar que éstos se habían extinguido desde hace años, no debería primar un postulado netamente formal. De ese modo, aunque el matrimonio se hubiere extinguido por fallecimiento de uno los cónyuges, el derecho debiera dar cauce a la extinción del derecho de sucesión por causa de muerte en época incluso anterior a la extinción formal del vínculo matrimonial. Demostrada en proceso judicial previo la extinción de la unión convivencial y afectiva entre los cónyuges, debiera entenderse entonces extinguida la comunidad matrimonial de bienes e igualmente el derecho de sucesión por causa de muerte.¹⁹ ¿De qué comunidad matrimonial

¹⁹ Por supuesto que no me refiero a establecer la separación previa entre los cónyuges, con efectos preliminares al divorcio.

podemos hablar si sustantivamente ha finiquitado el matrimonio? ¿Qué derecho a la herencia ha de tener alguien a quien el derecho le da la condición de cónyuge por la subsistencia formal de un matrimonio, pero cuya razón de ser se ha extinguido mucho antes del fallecimiento del otro de los miembros de la pareja?

La sociedad cubana, que ha sido, es y creo que seguirá siendo divorcista,²⁰ se plantea hoy el dilema de la necesidad de —tal y como he venido planteando— atribuirle efectos legales automáticos o de *ipso iure* a la separación convivencial de la pareja, de modo que a esa fecha se entienda extinguido el derecho de sucesión *ab intestato* entre los cónyuges.²¹ Y es justo que así sea cuando se pruebe que medió una prolongada separación conyugal, por cuyo motivo las adquisiciones a título oneroso del causante no deben imputársele con cargo a la comunidad matrimonial de bienes, según la presunción *iuris tantum* que opera a favor, conforme con el dictado del vigente artículo 31 del Código de Familia, siempre durante el tiempo que dure el matrimonio, en el entendido legal y no fáctico. No son excepcionales los casos de personas que creen que con la separación de hecho han extinguido el matrimonio por un supuesto divorcio, y luego a su fallecimiento, aquella persona que no vio en más de treinta años es la primera interesada en su sucesión.

b) El inocente de buena fe en las uniones de hecho putativas, su pretendida concurrencia en la sucesión ab intestato del bigamo

No menos controvertido es, y siguiendo el hilo discursivo del acápite anterior, sin el menor resquicio de dudas, el reconocimiento de la buena fe que por ley se presume, ex artículo 6 del Código Civil, de aquel de los miembros de la unión que ha actuado de buena fe cuando la unión que tenía constituida lo era una unión concomitante con un matrimonio constituido, o con otra unión, también concomitante con aquélla. La realidad social cubana ha demostrado que estas situaciones no son tan excepcionales.

²⁰ De ello ya daba cuenta DÍAZ PAIRÓ, ANTONIO. *El divorcio en Cuba*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, La Habana, 1935, p. 41, cuando, al describir a Cuba, expresó: "País con otras características étnicas, con diferentes concepciones morales, de menos religiosidad [...] no es de extrañar que desde muy pronto surgiera entre nosotros la idea de establecer el divorcio".

²¹ En España, tras la reforma del artículo 945 del Código Civil, basta la mera separación de hecho para que el cónyuge separado carezca de derechos en la sucesión intestada de su pareja, de modo que como expone ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, prólogo de José María Miquel, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 329, se consolida así "[...] la idea de que lo esencial para el reconocimiento de los derechos sucesorios intestados es la existencia entre el causante y su pareja de una convivencia *more uxorio* que justifique el llamamiento en ausencia de una disposición en contrario".

El reconocimiento de la buena fe a favor de quien ha actuado con desconocimiento del impedimento de ligamen existente (impedimento dirimente según la doctrina canónica) se ha tornado la última salida que tiene a su favor quien no puede reconocer la unión matrimonial existente con el *de cuius*, bien por la existencia de un ligamen anterior o por la existencia de otra unión de hecho concomitante; es lo que en nuestro derecho se ha dado en llamar uniones matrimoniales putativas, en tanto en ellas no se cumple con el requisito de aptitud legal que exigen los artículos 2 y 18 del Código de Familia, dado que uno de los miembros de la pareja tiene un matrimonio legalmente constituido, y en consecuencia con el de singularidad, o porque a pesar de no existir el vínculo matrimonial constituido, la concomitancia de relaciones convivenciales *more uxorio* hace que se incumpla con el requisito de la singularidad, aun en el supuesto de que todos los implicados en este triángulo amoroso-afectivo tengan un estado conyugal que les permita acudir al matrimonio. De los supuestos, creo menos procedente el segundo, pues no se cómo sustentar una estabilidad conyugal con una persona que mantiene simultáneamente varias relaciones concomitantes.

En conclusión, y a los fines sucesorios, que son los que nos interesan, esta situación hoy, a mi juicio, resulta improcedente dados los valores que con ella pudieran resultar lesionados, amén del perjuicio que pudiera provocar en supuestos de matrimonios legalmente constituidos en concomitancia con uniones de hecho. En efecto, al tomar como presupuesto lo señalado en el artículo 48 del Código de Familia, en el que se regula la figura del matrimonio putativo y, dado el concepto de matrimonio que brinda el legislador en sus artículos 2 y 18, segundo párrafo, del mismo cuerpo legal, en no muy clara terminología jurídica,²² reconoce igualmente efectos a favor de la persona que hubiere actuado de buena fe (amén de para los hijos) en los casos de unión matrimonial putativa. Por eso, dicho cuerpo legal no habla de *cónyuge* sino de *persona*, porque la pretensión reconocitiva de quien actuó de buena fe en la unión no puede prosperar en el sentido de que se reconozca el matrimonio cuando no se cumplen ni la singularidad ni la aptitud legal requeridas. Aquí la situación es mucho más compleja, por la impronta *sui generis* que tiene el propio instituto del reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado. Si el matrimonio putativo ha traído entuertos, qué decir de la unión matrimonial putativa.

En la doctrina patria, quien mejor ha estudiado la figura, la profesora MESA CASTILLO, reconoce que estamos frente a una de las contradicciones objetivas que la institución lleva consigo. Resulta una de sus preocupaciones “[...] la falta de

²² Es incorrecto catalogar a la unión putativa como matrimonio cuando el mismo precepto lo impide. No obstante, léase detenidamente dicha norma legal para apreciar el inoportuno gazapo del legislador.

uniformidad en el tratamiento judicial para el excónyuge [*sic*] que desconocía de buena fe la falta de singularidad de su unión [la llamada unión matrimonial putativa] por concepciones distintas en la valoración de la buena fe y el alcance de sus efectos, e incluso la posibilidad de incurrir en error de derecho al reconocer una unión como matrimonio sin que ésta cumpla con los requisitos exigidos en la ley”.²³ A ello debe aunarse el que aun en los casos en que se declaren los efectos de la buena fe para el miembro de la unión que haya actuado de esa manera, hay cierta tendencia jurisprudencial a interpretar de modo heterogéneo la expresión normativa contenida en el artículo 18, segundo párrafo, del Código de Familia, que dispone: “surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fe”, la cual a mi juicio debe hacerse tan solo en un sentido restrictivo, de manera que tales efectos han de ser en el orden patrimonial familiar, pero no en el sucesorio; o sea, a los fines de darle aplicación al artículo 38, segundo párrafo, del Código de Familia, a cuyo juego la declaración de buena fe le permite, a quien así ha obrado, recibir *in íntegram* toda la comunidad de bienes constituida, pero en modo alguno hacerlo concurrir a la sucesión del *de cuius* cuando al momento de su deceso aún se mantenga vivo el vínculo matrimonial que tuvo constituido con su cónyuge.

En este orden, la Sala de lo Civil y de lo Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha sido muy cautelosa para reconocer la buena fe a quien ha actuado de esa manera en la unión matrimonial putativa, y en ese sentido se ha pronunciado en su sentencia No. 7 del 15 de febrero de 1977, en la que expresó que:

[...] no pueden derivarse efectos legales en favor de la expresada recurrente, pues a la determinación de aquélla de continuar unida libremente al que fuera su compañero, no obstante el matrimonio de éste con mujer distinta estando vigente la señalada unión, no puede entenderse íntegra la buena fe [...] ya que la permanencia de la recurrente en la unión, si bien se sustentó en sentimientos de íntimo valor afectivo, al tener conocimiento y consentir el matrimonio del compañero integrante de la pareja, celebrado con fecha posterior a la del inicio de la referida unión, ello implica la ausencia del supuesto requerido por el Código de Familia de la buena fe, por lo que si bien la unión puede calificarse de estable, sin embargo carece de la singularidad en lo que se refiere al párrafo primero y de la buena fe en cuanto al párrafo segundo [del artículo 18] del Código de Familia.²⁴

²³ MESA CASTILLO, OLGA. "El reconocimiento judicial...", *op. cit.*, p. 86.

²⁴ Tomada del valioso artículo de ÁLVAREZ COLLADO, EDUARDO. "La unión matrimonial no formalizada", en *Revista Jurídica*, año v, No. 17, octubre-diciembre de 1987, p. 26, quien además hace un estudio sobre el tema de la buena fe en el reconocimiento judicial de la unión no matrimonial en el orden doctrinal.

Empero, no fue ése el razonamiento seguido por la propia Sala en su sentencia No. 76 del 18 de febrero de 2002, primer considerando (ponente C. Hernández Pérez), en la que se reconoce el derecho de quien ha actuado de buena fe en una unión matrimonial putativa a acudir a la sucesión del causante, si bien la mencionada Sala en tal pronunciamiento expresa que:

[...] la naturaleza declarativa de la sentencia reconociendo la buena fe a que se contrae el segundo párrafo del artículo 18 del Código de Familia, carece de entidad para el reclamo del expreso concepto de viuda que le corresponde al cónyuge supérstite del matrimonio formalizado que tenía constituido el causante con otra mujer al momento del fallecimiento, y sobre esa base aducir habersele preterido en la declaratoria de herederos tramitada sin su participación, puesto que tal conceptualización entorpece la debida anotación registral de ese estado civil que inequívocamente le corresponde a esta última, al extremo que el legislador, como previsión de esa *sui generis* situación, prescindió de que dicha ejecutoria fuera inscrita en el Registro del Estado Civil en la formulación del apartado a) del artículo 58 de la Ley No. 51 de 15 de julio de 1985 inequívocamente referida al supuesto de matrimonio no formalizado a que se contrae el primer párrafo del antes citado artículo 18 del Código de Familia, diferenciando de tal modo del matrimonio propiamente dicho, los efectos que genera la estimación de la buena fe en una unión no formalizada carente del requisito sustancial de capacidad legal para contraerla, a lo que no obsta se reitere que tal consideración en modo alguno desvirtúa el derecho de la recurrente sustentado en la referida sentencia, a ser parte como una heredera más en las diligencias que llegaren a promoverse con relación a la partición de los bienes quedados al fallecimiento del causante [...].

Posición con la que el Tribunal Supremo confirma una interpretación *laxa* de los efectos a los que alude el segundo párrafo del artículo 18 del Código de Familia y distingue que el miembro inocente o que ha actuado de buena fe en una unión putativa, a pesar de que puede ser considerado heredero al amparo del, tantas veces citado, artículo 18 del Código de Familia, no debe ser entendido como cónyuge *supérstite* o viudo, carácter que en exclusiva ostenta el del matrimonio formalizado, cuyo ligamen no había disuelto el difunto al morir,²⁵ criterio éste

²⁵ Por ello resulta inexplicable la posición adoptada en la sentencia No. 1280 del 28 de diciembre de 2001 de la propia Sala (ponente Bolaños Gassó), en la que se admiten a la sucesión del causante "dos viudas", una de matrimonio formalizado y "otra" de unión matrimonial reconocida judicialmente, a pesar de no haberse cumplido con los requisitos de la aptitud legal y de la singularidad, dejando subyacente la Sala, en el primer considerando de la primera sentencia, la posibilidad de anulación de la sentencia que en su día reconoció la unión, en el caso de que se probare que no fue emplazada la parte contraria. El recurso fue declarado CON LUGAR y, en consecuencia, se dictó segunda sentencia por la que se confirmó la sentencia de primera instancia en la que se admitía la demanda de la "segunda" viuda, "preterida" en la declaratoria de herederos. Ante tales circunstancias el tribunal *ad quem* expresa que la sentencia en la que se reconocía la unión matrimonial era prueba suficiente para acreditar la condición de

que recientemente, si bien no confirma con claridad meridiana, sí que deja entrever con el uso, nada aconsejable en el lenguaje jurisprudencial, del empleo de un “etcétera”, que compromete, eso sí, la seguridad jurídica cuando de derechos a favor del miembro inocente de buena fe se trata.²⁶ Sin embargo, cabría preguntarnos cómo es posible reconocer derechos sucesorios a quien sin habersele podido reconocer la condición de cónyuge, porque en efecto no lo es, carece de fundamento para acudir a la sucesión. No es dable en este caso ni tan siquiera acudir a una aplicación analógica del derecho, porque el derecho vigente no contempla normas de protección sucesoria al conviviente *more uxorio* por el solo hecho de serlo. Es clara y diáfana la posición del legislador del Código de Familia, y luego ratificada por el del Código Civil, que sólo el cónyuge puede concurrir a la sucesión.²⁷

Es cierto que la tendencia en Cuba es hacia una consensualidad marital creciente, pero en situaciones excepcionales como la presente, los jueces no pueden interpretar con extrema laxitud las normas de contenido patrimonial del derecho familiar. Hay valores en una sociedad que no pueden ser apartados; la singularidad en las relaciones de pareja, máxime en las uniones de hecho que pretenden al amparo del derecho cubano ser reconocidas judicialmente como matrimonio, es un valor de nuestra civilización que debe ser resguardado por los operadores del derecho; no se trata de interpretar una norma jurídica con efectos expansivos, sino en esencia de respetar valores esenciales como la dignidad humana, preconizada incluso en el preámbulo de la Constitución.

La protección patrimonial del miembro inocente que ha actuado de buena fe no puede extenderse a terreno sucesorio, en primer orden porque la delación opera sólo a favor del cónyuge viudo, en razón del matrimonio constituido o reconocido judicialmente. De modo que la existencia de un impedimento de ligamen o de situación de relaciones afectivas *more uxorio* concomitantes, vedan al miembro *supérstite* de esta unión de hecho putativa de obtener la condición

“viuda” preterida en el acta de declaratoria de herederos, en la que como tal (o sea, como heredera) debía ser incluida. Simplemente, sin palabras.

²⁶ La citada sentencia No. 46 del 9 de marzo de 2009, primer considerando *in fine* (ponente Díaz Tenreiro), lo deja entrever cuando expresa: “[...] el segundo párrafo del citado artículo dieciocho [del Código de Familia] dispone que cuando la unión matrimonial estable no fuera singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales a favor de la persona que hubiera actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión, aunque en estos casos de uniones putativas, ya se trate de matrimonio formalizado anterior o precedente unión matrimonial no formalizada, no puede en puridad hablarse de reconocimiento de matrimonio, pues se traduce en mero reconocimiento de derechos como lo es sobre bienes, seguridad social, etc., y además la buena fe deviene en estas circunstancias requisito indispensable para que surjan consecuencias en el orden jurídico para el contrayente inocente que desconocía la existencia del impedimento invalidante [...]” (la cursiva es mía).

²⁷ Posición por la que aboga con vehemencia para el derecho común español ESPADA MALLORQUÍN, SUSANA. *Los derechos sucesorios...*, cit., pp. 309-332.

de viudo, esencial para el *ius delationis*. Entiéndase que, aun cuando en un futuro la convivencia *more uxorio* pueda ser el fundamento del mencionado derecho, lo que nuestra sociedad no puede ni debe permitir es que en sede sucesoria puedan concurrir a la sucesión del causante aquellas personas con las que mantuvo una unión de hecho no singular, y con una estabilidad bastante dubitativa, bajo el manto de la *bona fide*. Si así fuere, como ha sucedido en la actualidad en algunos casos fallados por el Tribunal Supremo, el *supérstite* de *bona fide* no sólo se adjudicaría *in integrum* todos los bienes habidos a título oneroso, constante la unión *more uxorio* putativa, sino también parte del caudal hereditario al concurrir en la sucesión *ab intestato* como un concurrente más en el primer o en el segundo de los órdenes sucesorios, y como titular en el tercero. En todos los casos compartiendo la cuota deferida, eso sí, *ex lege*, con exclusividad a favor de aquel que al fallecimiento del causante ostentaba la condición de cónyuge, o la adquiere después tras la firmeza de la sentencia que declara la unión matrimonial pretérita existente. Luego, este último sería doblemente protegido, pues los bienes adquiridos en común con el causante serían de su entera titularidad por disposición *ex lege* (*vid.* artículo 38 del Código de Familia), pero además tendría una participación en el caudal hereditario de dicho causante, integrado en esencia no sólo por sus bienes propios, sino también por la mitad de los bienes comunes, o sea, de aquellos adquiridos a título oneroso con el cónyuge *supérstite*, a la sazón también concurrente en la sucesión, quien para más tendría entonces que pechar con el comportamiento promiscuo de su fallecido consorte, es decir, tal comportamiento concupiscente del *de cuius* sería soportado por aquel a quien la ley le reconoce plenos derechos sucesorios. Es justa y equitativa la protección del inocente de buena fe, pero ¡cuidado! No seamos excesivamente reverentes con unos en desmedro de los derechos de otros.

c) La participación del cónyuge superviviente en la sucesión de los bienes comunes del fallecido

169

Al fallecer una persona casada, conforme con el derecho familiar cubano, los bienes comunes, que los constituyen una buena parte del patrimonio transmisible por herencia, en tanto no se admite la posibilidad de pactar el régimen económico del matrimonio,²⁸ según lo impone el artículo 29 del Código de Familia, se

²⁸ Téngase en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico tienen el carácter de común todas las adquisiciones a título oneroso, constante matrimonio, de modo que estamos frente a un régimen de comunidad parcial de bienes. Sobre el tema *vid.* MESA CASTILLO, OLGA. *Derecho de...*, *cit.*, pp. 287-294.

dividen por iguales partes entre el *supérstite* y los herederos del fallecido, pero con prevalencia de los derechos del primero, en tanto que no sólo tiene derecho a la mitad de los bienes comunes, como es lógico por razón de la comunidad matrimonial de bienes, constituida *ex lege*, sino que también hereda por el primer llamado sucesorio, como concurrente, en iguales partes que el resto de los herederos titulares, los hijos, y en su defecto el resto de los descendientes del causante, pero su concurrencia a la herencia la hace sobre el patrimonio hereditario del causante *in integrum*, esto es, la suma resultante de los bienes propios y de la mitad obtenida tras la disolución y liquidación previa de la masa patrimonial de bienes comunitarios.

Esta posición del legislador del Código de Familia, luego reforzada por el del Código Civil, puede tener dos lecturas. Conforme con una, se actúa a tono con uno de los principios inspiradores del derecho sucesorio cubano, a saber: la mejora en la posición del cónyuge *supérstite*; según el otro, tal protección resulta excesiva en desmedro de los derechos de los hijos y demás descendientes, que también constituyen la familia nuclear del fallecido, sobre todo si el deceso acontece a edades relativamente tempranas, en que los hijos aún tienen minoridad. Por supuesto, me refiero al caso en que el causante hubiere fallecido *ab intestato*, pues de testar, la voluntad del testador se erige en ley suprema de la sucesión, con las cortapisas que un sistema de legítima negativa o de freno impone a quien genera la sucesión.

En ciertos ordenamientos jurídicos²⁹ se ha preferido no darle participación al *supérstite* en la sucesión de los bienes comunes, dado que la mitad de éstos los ha adquirido por concepto de liquidación de la comunidad matrimonial de bienes o sociedad legal de gananciales (según el sistema al que se afilie cada ordenamiento), y sí, por el contrario, en la de los bienes propios, mejorándose incluso su prelación hereditaria y el concepto mismo de la adquisición.

Se trata de un tema escabroso en el que reconozco se pueden esgrimir perfectamente argumentos a favor y en contra. Si el matrimonio es una comunidad

²⁹ Así, en Guatemala, según el artículo 1078 del Código Civil, el *supérstite* concurre a la herencia en primer orden, pero siempre que no tenga derecho a gananciales.

"No obstante el cónyuge sobreviviente cuyo derecho de gananciales sea menor que la cuota hereditaria que le correspondería en ausencia de gananciales, tendrá derecho a que se le complete un monto equivalente a dicha cuota, deduciéndose la diferencia de la masa hereditaria".

En Argentina, según el artículo 3576: "En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido".

Según expresa MEDINA, fue la Ley 17111 la que mejoró la posición del cónyuge *supérstite* en la sucesión "aumentando su porción hereditaria en ciertos casos y concediéndole participación en la porción de bienes gananciales que correspondían al causante mientras no concurrese con hijos legítimos". Vid. MEDINA, GRACIELA. "Comentario al artículo 3570", *Código Civil comentado. Sucesiones*, t. II: *Artículos 3539 a 3874*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, s.f., p. 76.

de afectos, de convivencia, de amor, y el patrimonio marital se construye con el esfuerzo de ambos cónyuges, es lógico que cada día se le otorgue más protagonismo al cónyuge *supérstite*, lo que acontece es que este protagonismo hay que matizarlo porque cada vez es más frecuente que concurren a la sucesión hijos habidos de distintos matrimonios o uniones consensuales anteriores, en tanto la familia ensamblada o reconstituida ha ido desplazando a la familia nuclear, por lo menos en el entorno sociofamiliar cubano.³⁰ No son excepcionales los casos de sucesión *ab intestato* en los que concurren hijos habidos de otros matrimonios, de otras uniones consensuales anteriores, o incluso habidos como resultado de relaciones sexuales esporádicas, todos menores de edad, cuya participación en la herencia del causante se ve notoriamente disminuida por la también concurrencia de una última esposa o esposo con quien incluso no se han tenido hijos, pero que además de los bienes comunes que adquirirá por liquidación de la comunidad matrimonial constituida,³¹ tendrá participación en esos mismos bienes, y no sólo en los propios, a partes iguales con los hijos. Y no se trata en la mayoría de las ocasiones de ese cónyuge que no está vinculado laboralmente, dedicado con exclusividad a las labores domésticas y en quien quizá pensó el legislador de 1975; de allá hacia acá han cambiado notoriamente las circunstancias y cada vez mujer y hombre aportan al patrimonio familiar el resultado de sus propias labores, sin que la ley les permita tampoco fijar las pautas del régimen económico del matrimonio.

A esto hay que sumar que el cónyuge concurre a la herencia en igualdad de condiciones y con derecho a la misma cuantía o participación, cualquiera haya sido la duración del matrimonio. Consiguientemente, tiene la misma cuota hereditaria el cónyuge que convivió casi toda su vida con el fallecido o fallecida, que aquel o aquella que quedó viudo o viuda unas semanas, unos meses o uno o dos años después del matrimonio. A mi juicio, totalmente injusto. Por supuesto, se supone que a menor tiempo de convivencia, menor será también el patrimonio matrimonial constituido. Se han dado incluso inverosímiles casos en que los tribunales competentes han reconocido por singular y estable una unión matrimonial existente por pocos meses entre personas que tenían aptitud legal para ello, con los efectos no sólo económico-matrimoniales que el Código de Familia reconoce, sino también con los de naturaleza sucesoria. En este sentido coincido con DE LA FUENTE LÓPEZ al expresar:

³⁰ Vid. en este orden PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*: ¿una ecuación lineal?", en *Revista de Derecho de Familia*, No. 51, septiembre de 2011, pp. 247-264, y la bibliografía, esencialmente foránea, que allí cito.

³¹ Digase por matrimonio formalizado o por reconocimiento judicial *post mortem* del matrimonio.

Cuando se piense y decida definitivamente sobre un nuevo Código de Familia, resultará imprescindible [...] condicionar la validez del matrimonio a un periodo de su vigencia que bien pudiera ser un año, con lo cual, además, se salvarían aquellos estados de viudez de un día para otro, tras los cuales se esconde generalmente una intención distinta a la que verdaderamente debe motivar la unión de una pareja para hacer vida en común. Aquí también habría que valorar si se admite o no el darle carácter retroactivo a la formalización del matrimonio, pues sería entonces absurdo condicionar su validez a la vigencia en el tiempo, o exigir determinados requisitos para tal efecto retroactivo.³²

Se trata de un tema que, reitero, no deja de tener aristas sumamente polémicas. En modo alguno abogo por un retroceso en el reconocimiento de los derechos sucesorios al cónyuge *supérstite*, sólo que éstos deberían ser más moderados, sobre todo de cara a la coexistencia de hijos menores o con discapacidades severas, o judicialmente incapacitados, igualmente herederos del causante, amén de su condición de legitimarios, a muy lamentar nuestro, desconocidos en la sucesión *ab intestato*.

Igualmente resulta un absurdo intentar promover en sede judicial el reconocimiento de la condición de legitimario de un cónyuge sobre la base de la presencia de los presupuestos legales del artículo 493 del Código Civil, sobre todo el de dependencia económica del causante cuando la duración del matrimonio resultó efímera. No basta con probar que fueron cónyuges y que se carece de aptitud para trabajar, hay que probar al unísono la dependencia económica respecto del fallecido. ¿Y cómo es dable probarla si se convivió unos meses o a lo sumo un año con el causante? Es cierto que el legislador cubano no establece en sede de legítima un plazo de duración de tal dependencia, pero el sentido común, la racionalidad, la lógica, deben llevar al razonamiento del tribunal que el plazo debe ser el adecuado para fundamentar una verdadera dependencia económica con el sentido que el legislador le ha querido atribuir para arropar a una persona con la condición de legitimario asistencial.³³ No pueden ser los tribunales cómplices de

³² DE LA FUENTE LÓPEZ, JORGE. "Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica", en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, No. 38, julio-septiembre de 1989, p. 82.

³³ A guisa de ejemplo, tómesese en consideración lo dicho por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia No. 369 del 10 de diciembre de 2010, segundo considerando (ponente González García): "[...] sin que a dicha viuda le asista la condición de heredera especialmente protegida del causante testador, pues no dependía económicamente de él dadas las circunstancias pormenorizadamente narradas en la sentencia combatida, en cuanto a que posee patrimonio propio que incluye cuenta bancaria, *amén del exiguo lapso de sólo un año y ocho meses en que se encontró casada con el ahora fallecido* y que por demás cuenta con sólo cuarenta y ocho años de edad, sin que se hubiera acreditado padezca de enfermedad que le impida vincularse laboralmente; por lo que en modo alguno incurrió el juzgador en las infracciones denunciadas al estimar nula su consideración como heredera acreedora de especial protección en el testamento controvertido, porque no cumplimenta los requisitos

aquellas personas que utilizan inescrupulosamente el matrimonio como medio para garantizar sus derechos sucesorios, lo cual en el contexto cubano hay que saberlo distinguir de todos aquellos casos en los que el reconocimiento judicial *post mortem* de un matrimonio resulta el puente de obligatorio transitar que tiene el conviviente de hecho para llegar a la sucesión de su conviviente fallecido, en tanto que dicha convivencia no es *per se* fuente del derecho a suceder por causa de muerte.³⁴

d) Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato

Estoy claro de que es el derecho de familia quien tiene hoy día el reto de dimensionar su enfoque hacia las nuevas formas o modelos familiares y no seguir anclado en una familia sustentada esencialmente en el matrimonio; cueste lo que nos cueste reconocerlo, no es la realidad más sentida de la Cuba de hoy. Demostrada la necesidad de ofrecer tuición a las familias reconstituidas, la mirada que quiero dar es aquella que ofrece el derecho de sucesiones. No quepa dudas que las sucesiones por causa de muerte necesitan atemperarse a los nuevos tiempos. Continúa siendo el sector más estático del derecho civil. El derecho de sucesiones sigue a la usanza de los tiempos de las calesas y los mitones.

Cualquier impulso en este orden no será nada fácil. En primer lugar, pues si bien pudiera existir consenso en que se proteja a los padres, madres e hijos afines, ese consenso puede que no se comporte igual cuando esa protección irradia el campo sucesorio. ¿Por qué? Es difícil dar *a priori* una respuesta a este fenómeno.

Hasta el gremio jurídico está conteste con la ausencia de pisadas normativas sobre el sendero que transitan las familias ensambladas, pero sería muy cauteloso en que este manto protector se erija en sede sucesoria. Todavía la sucesión *ab intestato* sigue arraigada en el concepto de parentesco consanguíneo. Es un principio que sólo la consanguinidad genera sucesión. Cuanto más cerca se está de la sangre, más próximo se está de la herencia. Seguimos arraigados al modelo justiniano de sucesión por causa de muerte, salvadas las distancias que nos separan de las Novelas 118 y 127.

que en tal sentido establece el artículo cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, inciso b, del Código Civil y en consecuencia, subsistente la plena libertad del otorgante de dicho acto para instituir sus herederos [...] (la cursiva es mía). Es cierto que el tiempo de convivencia no fue decisivo en el fallo, pero fue uno de los elementos valorados en la sentencia para no atribuirle la condición de especialmente protegida.

³⁴ Sobre este particular *vid.* los criterios que he vertido en "El derecho de sucesiones en cifras: recapitulación y pronósticos", en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coord.). *El derecho de sucesiones...*, *cit.*, en concreto pp. 337-345.

Acaso no hemos entendido siempre que el amor y los afectos son el sustento en que los ordenamientos jurídicos sucesorios de corte romano organizan los llamados sucesorios. Desde que estudié mis primeras lecciones de derecho sucesorio romano me enseñaron que los afectos primero descienden, luego ascienden y, por último, se extienden. Con ello se explica la prelación sucesoria a favor de los descendientes, luego los ascendientes y, al final, los colaterales. En definitiva, la sucesión *ab intestato* es una prolongación *post mortem* de la familia, lo que no deja de ser una presunción, destruible con la sencilla prueba del otorgamiento de un testamento, en el que el testador puede perfectamente apartarse de los órdenes prelatorios, incluso prohibir que éstos operen en la forma dispuesta por el legislador, en tanto que al estar regulados dichos órdenes por normas dispositivas, puede desechar su aplicación. El legislador actúa sólo en defecto de la *voluntas testatoris*, ley suprema en materia sucesoria. Para ello, ante el silencio del titular de un patrimonio acéfalo, ubica una voluntad hipotética que está sustentada en los afectos, estrechamente vinculados con la familia, pero en concreto con la familia consanguínea, en la que el cónyuge cada día ha pasado a ocupar primeros planos, en la misma medida en que se ha replanteado por los legisladores la triste posición en la que se le ha ubicado en algunos ordenamientos como el español, que de concurrir con descendientes o ascendientes del fallecido, todavía hoy sólo tiene derecho a la cuota viudal usufructuaria.

En tal sentido, ¿sería factible plantearse la sucesión intestada del padre o la madre afín respecto del hijo afín fallecido o viceversa?

Cecilia GROSMAN considera que entre los temas relativos a la familia ensamblada que merecen ser investigados en los distintos países del Mercosur está el relativo al derecho hereditario.³⁵ Años atrás, desde 1998, los asistentes al x Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza, Argentina, llegaron a la conclusión de la necesidad de crear un nuevo orden sucesorio³⁶ a través del cual se proteja la familia ensamblada. El fenómeno también se ha estudiado en otras latitudes.

El reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna.³⁷

³⁵ GROSMAN, C. "Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados", en GROSMAN, CECILIA P. (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 122.

³⁶ Así se dispuso en el punto 9 del bloque II —familias ensambladas— de la Comisión No. 4, dedicada al estudio de las nuevas formas familiares. *Vid.* KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (coord.). *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, x Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, septiembre de 1998, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, t. III, p. 306.

³⁷ *Idem.*

Tradicionalmente, como he apuntado, el fundamento de la sucesión *ab intestato* se ha ubicado por la doctrina en los vínculos consanguíneos. LEBRUM dice que el orden de sucesión es el orden de sangre. Según DOMAT es el orden divino. Conforme con LAURENT es el orden natural. Al lado de estas teorías se han desarrollado también las que encuentran el fundamento de la sucesión *ab intestato* en la afección presunta del difunto.³⁸ Sin embargo, tales argumentos han sido rebatidos por la doctrina científica. Autores como VALVERDE, en épocas tempranas del siglo XX, intentan ir más allá en la búsqueda del fundamento de este tipo de sucesión, al encontrar en él la mezcla de deberes familiares y sociales que el individuo tiene que cumplir, los primeros para con la familia y los que con ella llevan su sangre, y los segundos, en tanto cada individuo nace deudor de la asociación humana, ya que al fin la vida económica es la colaboración con el pasado, al aprovecharse de la experiencia acumulada.³⁹ PUIG BRUTAU, al estudiar el tema y distinguir los sistemas de ordenación de la sucesión *ab intestato*, explica que para el sistema personal o subjetivo el fundamento de este tipo de sucesión se encuentra en la proximidad del parentesco, por supuesto el consanguíneo. Y apunta: “Es natural que si el causante no ha hecho la elección de sucesor, la ley dirija el llamamiento hacia los familiares, fundándose en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afecto”.⁴⁰ Aunque el docto profesor no distingue en su expresión, no me cabe duda que para él la expresión “familiares” atañe a los consanguíneos. Lo que ha acontecido es que a pesar de los cambios brutales que han operado en la dinámica sociofamiliar, la sucesión se sigue estudiando conectada con el parentesco consanguíneo y el matrimonio.⁴¹ En este último sentido, a lo que más se ha avanzado es al reconocimiento de derechos sucesorios al unido de hecho, pero no más. Los parientes afines no tienen cabida en los órdenes sucesorios, salvo el particular tratamiento que tiene la nuera viuda y sin hijos en el ordenamiento sucesorio argentino (*vid.* artículo 3576 bis del Código Civil argentino).⁴²

³⁸ Todos referenciados por VALVERDE y VALVERDE, C. *Tratado...*, *cit.*, t. v, pp. 389 y 390.

³⁹ *Ibidem*, pp. 391 y 392.

⁴⁰ PUIG BRUTAU, JOSÉ. *Fundamentos de derecho civil*, 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1983, t. v, vol. 3, p. 322.

⁴¹ En tal sentido, expone el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, G. *Derecho de...*, *cit.*, pp. 27 y 28, que cuán estrecho o generoso sea el derecho de la familia al patrimonio heredable, cuán ancha la extensión de la relación jurídica familiar, es una cuestión que le corresponde regular a la ley ordinaria, de modo que compete a tal legislador la determinación de quiénes van a concurrir a la herencia dentro del concepto amplio de familia.

⁴² Para que la nuera viuda pueda concurrir a la herencia, sostiene la doctrina la yuxtaposición de tres presupuestos, a saber: premuerte del marido, que no tenga hijos en la época en que se abre la sucesión de sus suegros, y que no esté incurso en ninguna de las causales de exclusión del cónyuge *supérstite*. Si concurre a la herencia con otros herederos que su esposo no hubiera desplazado, le corresponde entonces un cuarto del haber hereditario. Si concurre con otros herederos a los cuales su esposo hubiere desplazado, igualmente le corresponde un cuarto y el resto se distribuye según los principios de la sucesión *ab intestato*. *Vid.* MEDINA, GRACIELA. “Comentarios al artículo 3576 bis”, en FERRER, FRANCISCO A. M. y MEDINA, GRACIELA (dirs.). *Código Civil comentado*, t. II: *Sucesiones (Artículos 3539 a 3874)*,

Si una persona muere sin otorgar testamento, los juristas en su mayoría ven con buenos ojos que los hijos resulten sus herederos; sin embargo, entre esos hijos llamados por ley, los hay con una conducta intachable, y también con un comportamiento muy reprochable. Es cierto que para ello los legisladores han creado figuras como las causales de indignidad sucesorias, pero no todos se atreven a ventilar semejante proceso judicial por temor al escándalo social o, en todo caso, por miedo al reproche social del que pueda ser objeto la familia *in integrum*. Similar acontece con el supuesto de sucesión a favor de los padres. En casi todos los ordenamientos sucesorios occidentales, en defecto de hijos o demás descendientes, la sucesión corresponde a los ascendientes, en primer lugar a los padres. Tampoco todos los padres han mantenido una conducta impoluta con respecto a sus hijos. ¿Cuántos padres no han abandonado a sus hijos?, ¿cuántos, sin llegar a abandonarlos, los han dejado en manos de abuelos o tíos y han limpiado su imagen con valiosos regalos enviados desde el exterior?, ¿cuántos no han vivido en perennes encuentros y desencuentros con sus hijos? Volvemos al mismo caso, también para esos padres o madres existen las causales de indignidad. Pero ello se aplica por excepción, no por norma.

¿Cómo es posible entonces que la sociedad moderna se mantenga impasible ante situaciones de verdadera injusticia? ¿En todo caso, es necesario priorizar el tratamiento de los padres y madres biológicos, sin reconocer al menos algún derecho a los padres o madres afines?

La respuesta me la han ofrecido algunos juristas con los que he intercambiado ideas. Sencillamente, si se quiere beneficiar a los parientes afines, para ello está el testamento. Pero el testamento está para mucho más. Con él podemos beneficiar a quien queramos, siempre que dejemos a salvo la parte destinada a los legitimarios. Se trata de que la protección venga no sólo de la libérrima voluntad del testador, sino de que el propio legislador atempere la realidad social con el contexto de la sucesión por causa de muerte.

176 Cuando el legislador regula la sucesión de los padres, o la de los hijos, no toma en cuenta la conducta de éstos, en principio se presume que tienen aptitud para suceder, quien quiera probar lo contrario tendría que, en sede judicial, demostrar la ineptitud para suceder al amparo de los artículos 469 y 470 del vigente Código Civil. ¿Por qué no hacer lo mismo en razón de los miembros más propinuos de las familias ensambladas? En cualquier caso, si el legislador be-

Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pp. 125-127. La norma tiene como antecedente el artículo 2001 del Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936. Algunos autores, como MAFÍA, JORGE. *Manual de derecho sucesorio*, 4a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 78, siguiendo los escasos antecedentes históricos de la norma, defienden el fundamento de ésta en su tendencia "a reparar los males de una muerte prematura y a asegurar dentro de la familia la persistencia del vínculo moral indisoluble".

neficia a los padres, madres o hijos afines con el derecho de sucesión por causa de muerte *ab intestato*, ¿no estaría, como apunta PUIG BRUTAU, sustentándolo en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afecto? ¿Por qué no presumir el afecto entre una madre afín y una hija afín que han convivido por más de 20 años?

Quizá la idea hoy día no sea atribuirles la misma cuota que corresponde al hijo biológico; tal vez la sociedad no “está preparada para ello”, en expresión muy usada coloquialmente cuando queremos ponernos una cinta negra sobre nuestros ojos para no ver lo que no conviene, pero tampoco es justo que por la razón que fuere, si el fallecido no testó, por la inveterada presunción afectiva que supone que los hijos son los más queridos, éstos le hereden sin que los hijos afines puedan recibir al menos una determinada cuota parte del caudal hereditario. Es cierto que influye y mucho la estabilidad de las familias ensambladas, como también son inestables las familias nucleares clásicas; quizá la estabilidad o durabilidad del matrimonio o unión de hecho, creador de la familia ensamblada o reconstituida, sea un elemento a tenerse en cuenta por el legislador para reconocerle derechos sucesorios a los padres, madres e hijos afines. En cualquier caso hay que activar el concepto de parentesco por afinidad.

Es cierto, parece ser que el parentesco por afinidad es una de las variables de esta ecuación, pero no podemos olvidar que si la familia ensamblada se ha formado a partir de una unión de hecho entre los miembros de la pareja, no se cumpliría el dictado del artículo 120 del Código de Familia, a cuyo tenor “los parientes de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado”. El parentesco por afinidad se constituye con el matrimonio y sigue su suerte. No obstante, en nuestra sociedad, amén del parentesco por afinidad, legalmente delimitado, existe un parentesco por afinidad de naturaleza socioafectiva. Es cierto que no porque no se llegue a constituir matrimonio, los padres de la pareja se dejen de sentir como suegros, y los hermanos de éste o ésta como cuñados. Igualmente, aun cuando los hijos no hayan formalizado matrimonio, no se deja de tener un vínculo de yerno o nuera con la pareja de nuestra hija o de nuestro hijo, respectivamente.

No sé hasta dónde podrán expandirse los efectos jurídicos de las uniones de hecho. En Cuba, su existencia es el material fáctico necesario, junto a otros requisitos legales, para que pueda ser reconocida como matrimonio (*vid.* artículos 18 y 19 del Código de Familia); sólo así, reconocida judicialmente la unión de hecho como matrimonio o declarada la retroactividad de sus efectos por notario o registrador del estado civil competente e inscrito en el respectivo asiento registral de la sección de matrimonio del registro del estado civil correspondiente (*vid.* artículo 58, incisos *a*, *b* y último párrafo de la Ley del Registro del Estado Civil,

en relación con el artículo 113, incisos *a*, *b* y último párrafo de su Reglamento) es que se irradiarían sus principales efectos jurídicos, patrimoniales o no.

De *iure condicto*, si en la actualidad se pensara en reconocer derechos sucesorios a favor de los padres, madres e hijos afines, la condición de parientes afines sólo sería atendible en los supuestos de segundos o ulteriores matrimonios, sustento de la formación de la familia ensamblada. Si, por el contrario, la pareja hubiere escogido como alternativa al matrimonio para formar su propia familia la unión de hecho, tendría que formalizar el matrimonio, reconocerle efectos *ex tunc* (al amparo del artículo 19 del Código de Familia), para demostrar la existencia del citado parentesco, que se tendrá por existente desde la fecha de inicio de la unión, declarada por los cónyuges al momento de formalizar matrimonio y probada, entre otros medios, a través de las declaraciones de los testigos asertóricos (que pueden coincidir con los instrumentales) intervinientes en el acto matrimonial. Si no hay matrimonio no hay parentesco por afinidad.

Creo que es hora de tener en cuenta este parentesco por afinidad, de naturaleza socioafectiva. Hoy en día existen tantos suegros, suegras, yernos, nueras, cuñados, hijos afines, desde un perfil legal como desde el socioafectivo.⁴³ Es tan alta la tasa de consensualidad, y es tan progresivo su crecimiento, que de la manera en que el derecho concibe el parentesco por afinidad, éste se verá cada día más reducido. ¿Cumple así su cometido el derecho? GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, al estudiar el parentesco por afinidad que nace entre los miembros de una familia ensamblada, arguyen que “no debemos olvidar que, desde el punto de vista del funcionamiento social, no es relevante distinguir si la nueva familia se ha originado en un matrimonio o en una mera unión de hecho, aun cuando desde la esfera legal se puedan marcar diferencias”.⁴⁴

En estudios realizados por estas propias autoras sobre el rol que pueden desempeñar los padres y madres afines en el cuidado y atención de los hijos afines, y que pudiera transpolarse en sede sucesoria, en tanto la sintonía de criterios que pudieran existir, se refleja que “una de las ideas más enraizadas en la sociedad es que el cumplimiento del rol parental y el afecto que requiere el desarrollo de esta

⁴³ Sostiene VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE. “Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Revista de Familia y de las Personas*, año 2, No. 3, abril de 2010, p. 50, que “la socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana”.

⁴⁴ GROSMAN, CECILIA y MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE. “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastra/madrastra) y los derechos del niño”, en JA 1995-III-874, Lexis No. 0003/001780 (en soporte informático).

función sólo puede tener lugar plenamente cuando existe un lazo biológico. ‘El simbolismo de la sangre, como vehículo que une las generaciones y transporta la esencia de las personas’ es la fuente del amor”.⁴⁵ Todavía en la sociedad está muy enraizada la idea de que quienes puede educar y formar a los hijos son sus progenitores o, en su defecto, parientes consanguíneos, como abuelos, hermanos o tíos. Los padres y madres afines se ven distantes y, con más razón, esa idea se proyecta en las normas sucesorias, que siguen encontrando en la sangre y en el matrimonio la verdadera razón de la sucesión por ley.

E) Discapacidad, familia y legítima asistencial

No menos trascendente resulta la tuición desde el ámbito familiar y sucesorio de las personas con discapacidad, a tono con los postulados de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la que Cuba es signataria. Compete al derecho familiar ofrecer los mecanismos de protección no sólo del patrimonio, sino también de la propia persona con discapacidad. En tal orden, se siente la orfandad normativa en nuestro ordenamiento jurídico, al que le resulta ajena cualquier manifestación de actos de autoprotección, o figuras relativas al cuidado y protección de las personas con discapacidad, desde los cuidadores de hecho hasta la curatela, a lo cual se suma la escisión existente entre las parcas normas protectoras de las personas con discapacidad en el ámbito puramente civil y familiar y las que regulan la legítima asistencial, reconocida en los artículos 492 y 493 del Código Civil, bajo el ropaje de la figura de los “herederos” especialmente protegidos, sin duda uno de los giros más sintomáticos que dio el legislador del Código Civil cubano de 1987.⁴⁶ He dicho, y reitero en esta oportunidad, que el verdadero giro fue más en el *nomen iuris* que en su contenido. A fin de cuentas, tan forzoso, si quisiéramos emplear la terminología del legislador del Código Civil español —cuerpo legal antecedente del actual—, es el previsto en el abrogado Código como el reconocido por el actual; no está en su forzosidad la diferencia, sino en los presupuestos exigidos *ex lege* para arrojarse de la condición.

El legitimario cubano, a diferencia de su predecesor, es un legitimario condicionado, condición impuesta a modo de presupuesto legal, lo que ha sido inclu-

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Tan es así que en la presentación del Código Civil se llega a decir: “el nuevo Código [...] en el ámbito del derecho hereditario, establece la libertad de testar, que sólo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador”, resaltándose como uno de los giros copernicanos del nuevo texto legal. Realmente no es tan así, pero sin hesitación alguna, supone una nueva dimensión de las legítimas. Dimensión que ha sido luego desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia. A mi juicio, mucho más que lo que pudo dar el legislador.

so reafirmado por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, que en su sentencia No. 75 del 31 de marzo de 2009, segundo considerando (ponente Díaz Tenreiro), ha dejado dicho:

[...] el instituto de los herederos especialmente protegidos que regula el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil destaca entre sus rasgos distintivos, entre otros, que: son establecidos legalmente, requieren de la existencia de un vínculo parental o marital con el causante, y en el caso del primero se limita exclusivamente a los hijos y, premuertos éstos, al resto de los descendientes, así como a los ascendientes, se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar —lo que le incorpora cierto carácter transitorio—, de tal suerte que esta especial protección no existe por el solo hecho del nacimiento ni por la formalización o reconocimiento judicial del matrimonio, o sea no es suficiente el vínculo parental o marital, es indispensable el cumplimiento de dos requisitos o requerimientos legales, a saber: la no aptitud para trabajar y la dependencia económica con el causante.

Tríada de requerimientos que se impone como valladar inexpugnable por quien pretenda obtener un reconocimiento judicial favorable de esta condición.⁴⁷

No tengo la menor duda de que la figura tiene como propósito la protección de las personas vulnerables y dependientes económicamente del causante, aquellas que tras su fallecimiento necesitan una cobertura de sus más apremiantes necesidades, pues *per se* no las pueden asumir, entre las cuales cabría incluir a las personas con discapacidad, que por el grado de ésta les resulta imposible una integración en el ámbito del mercado laboral que les permita obtener las fuentes de ingresos con las cuales enfrentar los retos de la vida. Empero, me he preguntado y sigo preguntándome si tal y como está concebido en el derecho sucesorio cubano, los sujetos que pueden gozar de la especial protección, como legitimarios, coinciden con las personas con discapacidad.

En principio, el tener una discapacidad no es sinónimo de ser una persona vulnerable ni dependiente económicamente. Hay variadas discapacidades físicas, intelectuales, psíquicas, sensoriales, que no hacen a la persona económicamente vulnerable, premisa para arroparse con esta especial condición en materia de legítimas. No puede tampoco obviarse que las normas sobre legítimas son excepción y nunca regla en el ordenamiento jurídico cubano, pues “deviene ante todo

⁴⁷ Según lo ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia No. 484 del 31 de julio de 2003, en su segundo considerando (ponente Acosta Ricart): “[...] debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil [...] requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto [...]”.

limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte” (Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, sentencia No. 484 del 31 de julio de 2003, segundo considerando, ponente Acosta Ricart). No es lo común que las personas cumplan los requisitos del artículo 493 del Código Civil cubano. El derecho cubano transitó de un sistema de legítima meramente parental, en que la condición se adquiere por la filiación, con derecho el cónyuge sobreviviente a la cuota viudal usufructuaria, a un sistema de legítima asistencial, el que no deja de sustentarse en el parentesco o en el matrimonio, pero en el cual estos requerimientos no son suficientes, resultando indispensable la prueba de los otros dos presupuestos que el legislador impone en el artículo 493.1 del Código Civil. De ese modo, cabría argüir que no toda persona con discapacidad tiene la condición de especial protección, ya que, para ostentarla, la discapacidad tiene que estar asociada a una situación de vulnerabilidad o dependencia económica al momento del deceso del causante, momento que ha sido tenido en cuenta jurisprudencialmente para reconocer la condición de legitimario de quien reclame tal cualidad.⁴⁸ Ello me parece lógico, precisamente en aras del principio de igualdad; la discapacidad de una persona por sí sola no supone una especial protección en materia sucesoria, no hay razón para ello. Lo que sí resultaría injusto es que se apliquen *ad pedem literæ* las normas sucesorias por los jueces cuando se trata de personas con discapacidad que al momento del deceso del titular del patrimonio se encontraban vinculadas laboralmente, en empleos con cierta remuneración, pero no suficiente para enfrentar todas sus necesidades, incrementadas éstas incluso por razón de su discapacidad. En tal sentido, se impone una interpretación sistemática de todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que la condición de legitimario asistencial estará estrechamente vinculada a la manera en que los jueces interpreten a su vez las normas familiares. No implica, por tanto, estar casado, sin más cortapisas, para que un cónyuge tenga la condición de especialmente protegido respecto del otro, si bien el matrimonio genera recíprocos deberes y derechos entre los cónyuges, no sólo de contenido personal (artículos 24 a 28 del Código de Familia),

⁴⁸ Así lo ha dicho y reiterado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo: “[...] la condición de heredero especialmente protegido que establece el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil es exclusiva de la sucesión testada, de naturaleza estrictamente personal, intransferible e intransmisible por concepto de herencia [...] apreciable al momento de la muerte del causante y no del otorgamiento del testamento [...]”, sentencia No. 180 del 15 de marzo de 2005, segundo considerando (ponente González García); “[...] [Al] haber quedado justificado que el causante *al momento de su deceso* contaba con descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la condición de herederos especialmente protegidos [...]”, sentencia No. 872 del 29 de diciembre de 2006, segundo considerando (ponente Arredondo Suárez).

sino otros de contenido puramente patrimonial (artículos 29 a 42 y 123.1 del Código de Familia, y 514.2 y 517 del Código Civil, entre otros); de este modo se ha dejado esclarecido que la existencia de un matrimonio, sin más, no supone arrojarse con la condición de legitimario si se demostrare que los cónyuges no vivían juntos, no dependían económicamente el uno del otro o, tal y como he venido expresando, la unión convivencial y afectiva se hubiere extinguido mucho antes del fallecimiento de uno de los cónyuges.⁴⁹

Un razonamiento quizá diferente obraría en el supuesto de las relaciones paterno-filiales, pues el incumplimiento de los deberes que en tal orden competen a los progenitores no debe convalidar la actitud asumida por aquéllos como testadores, cuando irrespetan el derecho de legítima asistencial que compete a los hijos en estado de minoridad. Tratándose de un sistema de legítima negativa o de freno, resulta imprescindible entender que la protección de los progenitores en el orden patrimonial respecto de los hijos no se limita al cumplimiento de la obligación de dar alimentos, ella se extiende a la muerte de aquéllos al deber de legítima asistencial para con los hijos, impuesto *ex lege*. La no convivencia con los hijos, el no tener la guarda y cuidado de éstos, incluso el estar privado de la patria potestad, no le libera ni del cumplimiento de la obligación alimentaria ni del reconocimiento, al testar, de la condición de legitimarios de la prole, y la consiguiente atribución de legítima.⁵⁰ Particular que se hará extensivo, a mi

⁴⁹ La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia No. 34 del 31 de enero de 2006, único considerando (ponente Arredondo Suárez), dejó esclarecido que: "[...] aun cuando consta acreditada la participación del recurrente en la unidad económica del núcleo familiar que conformara con la causante en razón del matrimonio que fuera judicialmente reconocido, el hecho mismo de encontrarse apto para el trabajo remunerado al que, por demás, se encuentra vinculado y el no haber dependido económicamente de la causante, lo excluye de la condición de heredero especialmente protegido que con su interpretación personal de las normas sustantivas al respecto pretende imponer [...]". Sentencia del Tribunal Supremo No. 34 del 31 de enero de 2006, único considerando, ponente Arredondo Suárez.

⁵⁰ En su sentencia No. 307 del 29 de abril de 2005, segundo considerando (ponente Acosta Ricart), la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que apreció la especial protección de los hijos del causante, al considerar que "[...] visto que por parte de la recurrente se ha realizado una interpretación errónea del artículo cuatrocientos noventa y tres, inciso uno del Código Civil, al estimar que a los menores hijos del testador no les asiste el derecho a ser herederos especialmente protegidos de aquél, por el hecho de que su padre hubiere incumplido en mayor o menor medida, con la obligación de contribuir a su sustento, obligación legal que le venía impuesta al ostentar la patria potestad sobre los mismos, en virtud del inciso uno del artículo ochenta y cinco del Código de Familia, la cual resultaba legalmente exigible de conformidad con el artículo ciento veintidós del propio cuerpo legal, y que podía llegar incluso a constituir ilícito penal, de modo que entenderlo como pretende la recurrente equivaldría a penar doblemente a los menores, al enervarseles el derecho de ser herederos testamentarios de su padre, precisamente por una causa de la cual fueron ellos los afectados [...]".

En sentencia posterior, el propio Tribunal establece una relación unívoca entre la condición de minoridad de los hijos y la de especial protección (legitimarios). Así, en su sentencia No. 872 del 29 de diciembre de 2006, segundo considerando (ponente Arredondo Suárez) se deja esclarecido que: "[...] [A] haber quedado justificado que el causante al momento de su deceso contaba con *descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la con-*

juicio, cuando el hijo procreado, aun siendo mayor de edad, tenga alguna discapacidad severa que desemboque en la declaración judicial de incapacitación, o incluso cuando no se haya solicitado ésta. Tratándose de una persona vulnerable y dependiente económicamente del causante, hay que interpretar con laxitud las normas reguladoras de la legítima si queremos realmente dar la protección que ellas merecen. Por ello, sería discutible entender que en el supuesto de que una persona incapacitada judicialmente esté internada, y bajo tutela administrativa del director del centro asistencial, no se conciba que el padre deba atribuirle la legítima, porque una lectura de esta naturaleza de los artículos correspondientes del Código Civil contradiría los postulados en los que se sustenta la legítima asistencial en el ordenamiento jurídico cubano, de modo que convalidaría un comportamiento inescrupuloso del progenitor, que se liberaría del cumplimiento del deber de asistencia que esta legítima importa para el hijo incapacitado, descargándose de él, a la vez que atribuyéndoselo al Estado, sólo porque, literalmente, al momento del deceso del causante el pretense legitimario no dependía económicamente de él, dado que, en efecto, aun cuando estuviere internado, corren por cuenta de los progenitores deberes de contenido moral y patrimonial, insustituibles aunque el Estado asuma los gastos de alojamiento y manutención de la persona internada.⁵¹

3. Precisos giros copernicanos en función de la sincronía

¿En qué hemos fallado? ¿Por qué motivo familia y herencia no resultan dos notas musicales de la misma melodía? Aunque en estas líneas he tomado como modelo el derecho cubano, no creo que en el contexto iberoamericano la situa-

dición de herederos especialmente protegidos [...] [resulta] irrelevante lo argumentado en cuanto a la voluntad del causante para hacer valer las cuestionadas disposiciones testamentarias por ser preceptivo que la libertad de testar sólo alcanza la mitad de la herencia cuando existen, como en el caso, sujetos de especial protección" (la cursiva es mía). Posición que luego ratifica también al explicar el requerimiento de la no aptitud para trabajar, en el que sitúa entre otros sujetos, a modo enunciativo, a los menores de edad (sentencia No. 75 del 31 de marzo de 2009, segundo considerando, ponente Díaz Tenreiro).

⁵¹ Inexplicablemente, el Tribunal Supremo ha sostenido una posición contraria en su sentencia No. 532 del 29 de diciembre de 2011, primer considerando (ponente Bolaños Gassó), al considerar que "[...] no concurre a favor de [...], hijo del testador [...], la cualidad que propugna la especial protección que el artículo cuatrocientos noventa y tres del Código Civil dispensa para aquellos que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante, y no acreditado el último presupuesto al encontrarse desde mil novecientos ochenta y tres sometido a un régimen de internado con asistencia gratuita, cubriendo la institución estatal las necesidades elementales de sustento, habitación y vestido, dada la enfermedad que padece consistente en un retraso mental severo, que condujo a la declaración judicial de su incapacidad y a proveerlo de tutor, sin que se obtuviera acreditación siquiera de la exigida responsabilidad económica del causante a favor de su hijo, situación fáctica que no quedó desvirtuada del resultado de la prueba señalada por quien recurre [...]".

ción resulte disímil, basta con una mera ojeada al derecho vigente en nuestro entorno geográfico para comprobar que las tensiones entre el derecho familiar y el sucesorio se hacen cada vez más visibles.

Si todavía tenemos retos que encarar para que el derecho familiar se acompañe a nuestra realidad social, de modo que se abandonen prejuicios y posiciones discriminatorias, y sobre todo olvidos imperdonables que demuestran la falta de sensibilidad para con ciertos sectores sociales, ni qué decir en el orden sucesorio. No se puede regular a medias, no puede fraccionarse un mismo bloque temático. Si bien el derecho familiar ha obtenido su autonomía científica, académica, e incluso normativa en algunos países,⁵² no puede desconocerse que la familia se proyecta también en el ámbito sucesorio. Son los vínculos familiares los que en esencia presuponen la prelación sucesoria *ab intestato* y la propia regulación de las legítimas o los alimentos en aquellos ordenamientos jurídicos en que no se disponen las atribuciones legitimarias. ¿Quiénes son los herederos *ab intestato* y los legitimarios sino los propios parientes o cónyuge del causante? ¿Y quiénes en su mayoría siguen siendo los herederos testamentarios, incluso en aquellos ordenamientos jurídicos que admiten una libertad absoluta para testar, sino esos mismos parientes consanguíneos del testador y por supuesto el cónyuge o el compañero o compañera de la unión afectiva *more uxorio*?

En este orden, en la misma medida en que hoy se invoca un derecho de las familias, en correspondencia con el modelo o tipo familiar elegido por las personas como modo de vivir, como manera de expresar sus afectos y su desenvolvimiento doméstico y de constituir así su familia, que no por menos convencional no deja de serlo, las reglas y principios de la sucesión *mortis causa* tienen que atemperarse a ello, en primer orden al potenciar la autonomía de la voluntad del testador. Es impensable que se pueda elegir el modelo familiar que se quiere constituir, con la debida cobertura legal de ese modelo, y a la vez se le impida a esas mismas personas determinar las reglas de su sucesión; suficiente entonces tener como cortapisa en esa libre determinación testamentaria la protección a ciertos parientes o cónyuges o compañeros de unión afectiva a través de un sistema legitimario de nuevo tipo, o sea, con función asistencial o tuitiva que no deje de proteger a un sector sensible de los familiares del testador sin menoscabar el derecho que tiene éste de disponer libremente de la otra parte de su acervo hereditario.

El derecho de las familias debe conducir a un nuevo derecho de las sucesiones, menos formalista y más tuitivo, menos rígido y más sensible, que sin dejar

⁵² Tómese en consideración que Bolivia, Costa Rica, Cuba, Honduras, El Salvador y Panamá tienen sus propios códigos de familia.

de abandonar sus pilastras, incorpore en su arquitectura las nuevas formas familiares e incluso el arsenal de valores que esta época impone, incluidos los retos de la ciencia y de la tecnología. De este modo, el ADN, y todo lo que él implica, no sólo incide en la determinación de la verdad biológica en procesos filiatorios, sino también en las consecuencias sucesorias que lleva consigo el sobrevenir de un hijo, devenido heredero *ab intestato* o legitimario asistencial con el ejercicio a su favor de las acciones tuitivas de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, o la inseminación *post mortem* del cónyuge *supérstite*, con el resultado de un hijo superpóstumo que modifica el criterio tradicional del momento para determinar la capacidad sucesoria del heredero y la reserva a su favor de derechos sucesorios, por supuesto dentro de los plazos establecidos *ex lege* para practicarse las técnicas de inseminación artificial sobre el *supérstite*.

Incluso se impone una adecuación de los órdenes sucesorios *ab intestato* a los nuevos modelos familiares, en los que los miembros de una unión *more uxorio*, incluso los de uniones homoafectivas, los de familias reconstituidas o ensambladas y los parientes con discapacidades severas, tengan en unos casos participación en la herencia, convirtiéndose en un heredero más, o dicha participación, ya preexistente, ahora se acomode al vínculo afectivo con el causante y a las perentorias necesidades económicas de ellos. La herencia no puede convertirse en una fuente codiciada de riqueza patrimonial para cierto sector de la familia, en esencia los hijos, como tradicionalmente fue concebida, sino ha de ser un mecanismo de protección, de buen recaudo, de aliciente económico de aquellos miembros de la familia que constituyen o bien un sector sensible, vulnerable, dependiente económicamente del causante, o aquel representado por la pareja, con quien se ha constituido una familia, aun cuando ésta no haya sido derivada del matrimonio, de la que ha devenido el patrimonio familiar, sin que en todo caso se le dé excesivo protagonismo al cónyuge o compañero de hecho en desmedro de los propios intereses de hijos menores de edad, judicialmente incapacitados o con discapacidades severas.

Como dijera el profesor argentino CIURO CALDANI, “[...] en la sucesión han de *coadyuvar*, por *integración* en el mismo nivel, los valores *justicia*, *utilidad* y *amor*. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor”.⁵³ Y para que ese cauce se obtenga, resulta necesario que se inspire en la familia, pues es en ella en la que el ser humano busca su continuidad a través de la sucesión. En la familia y en la herencia, como en ningunas otras instituciones jurídicas,

⁵³ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL. “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones. La muerte como hora de la verdad de la persona física”, en *Investigación y Docencia*, No. 40, disponible en: www.centrodefilosofia.org.ar [consultado: 3 de marzo de 2011], p. 30.

LEONARDO BERNARDINO PÉREZ GALLARDO

ha de cobrar especial relieve la solidaridad; a fin de cuentas, los seres humanos marchan, las obras quedan, se transmiten generacionalmente, garantizándose así la energía acumulada y la experiencia vivida en manos de los sucesores. En todo caso, la familia y la herencia han de girar siempre en el mismo sentido de las manecillas del reloj, como expresión del sentido temporal indetenible de la historia de la humanidad. ■

El sistema de contratación jurídica: un auténtico problema social, de la ciencia y la tecnología*

*The legal contracting system: an authentic
social, scientific and technologic problem*

Carlos Adrián Tejeiro Morcate**

RESUMEN

El autor aborda la institución del contrato y el fenómeno de la contratación jurídica contemporánea no sólo desde el punto de vista de la ciencia del derecho, sino desde una dimensión social y axiológica. Se evidencia la importancia que tiene hoy el contrato para todas las esferas de la sociedad moderna y civilizada y de ahí la necesidad de que en el sistema de contratación jurídica estén presentes deberes jurídicos como los de buena fe, cooperación en la interpretación y en la modificación de la relación jurídica por causas fundadas, claridad y precisión en el contenido, y ética en la observancia de la obligatoriedad contractual. Se afianza la idea de que la tecnología al servicio del sistema de la contratación jurídica constituye una herramienta invaluable para el mejor control de ésta y para lograr un mayor rendimiento de recursos.

PALABRAS CLAVE: *Contrato, contratación jurídica, deberes jurídicos, ciencia, tecnología.*

ABSTRACT

The legal contracting system: an authentic social, scientific and technologic problem, analyzes the institution of contract and the phenomenon of the contemporary legal contracting, not just from the point of view of the science of law, but also, and first of all, from a social and axiological dimension. This article shows the importance that contract has today in all spheres of modern and civilized society; hence the need to include legal duties in the legal contracting system. It strengthens the idea that technology at the service of the legal contracting system is an invaluable tool to achieve a good control and a better yield of resources, capacities and contractual relationships that law operators systematically formalized.

KEY WORDS: *Contract, legal contracting, legal duties, science, technology.*

* Recibido: 16 de diciembre de 2011. Aprobado: 20 de enero de 2012.

** Profesor asistente a tiempo parcial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.
(adriantejeiro@yahoo.es).

Sumario

1. Una introducción necesaria
2. El carácter social del contrato y de la contratación jurídica
3. Principios jurídicos y valores axiológicos del sistema de contratación en la sociedad contemporánea
 - A) Deberes jurídicos inspirados en el principio de la *bona fide* o buena fe
 - B) El deber jurídico de la confidencialidad
 - C) Deberes jurídicos relacionados con la forma de los actos
 - D) Deber jurídico de evitación de cláusulas abusivas
 - E) El deber jurídico de cooperación en la interpretación
 - F) El deber jurídico de establecer contratos claros y precisos en cuanto a su contenido
 - G) El deber jurídico y ético del cumplimiento del contrato u observación de la obligatoriedad contractual (*pacta sunt servanda*)
 - H) El deber jurídico de colaborar oportunamente con la modificación contractual por causas fundadas
4. La contratación jurídica, la ciencia y la tecnología: sistema de relaciones
5. A manera de conclusión

1. Una introducción necesaria

Aceptando a los efectos de esta contribución la definición de *sistema* como aquel conjunto de preceptos jurídicos normativos reunidos entre sí con el objetivo de formar un marco jurídico positivo sistémico, coherente y completo, del cual además pueda formarse un cuerpo de doctrina y jurisprudencial, podemos decir que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual, el sistema de contratación se encuentra marcadamente disperso; forman parte de él normas jurídicas materialmente obsoletas, contradictorias en cuanto a su contenido y su nivel jerárquico, y por demás se nos presenta omiso en aspectos generales y tipos contractuales especiales.

188

Antes que jurídico, la contratación es un fenómeno social que por su importancia en el tráfico, circulación y distribución de bienes y servicios entre los diferentes sujetos de derecho que operan en la sociedad, no puede estar ajeno a la tecnociencia,¹¹ mucho menos en la era moderna donde las transacciones se caracterizan por su dinamismo y complejidad.

Los primeros sistemas de contratación surgidos desde la edad primitiva estuvieron marcados formalmente por los juramentos y ceremonias de carácter reli-

¹¹ "El término tecnociencia es precisamente un recurso del lenguaje para denotar la íntima conexión entre ciencia y tecnología y el desdibujamiento de sus límites". NÚÑEZ JOVER, JORGE. *La ciencia y la tecnología como procesos sociales. Lo que la educación científica no debería olvidar*, OEI, disponible en: <http://www.oei.es/salactsi/nunez00.htm#a>.

gioso celebrados frente a íconos familiares, altares de dioses o las reliquias de los santos, todo ello como apoyo al hábito de respetar los compromisos contraídos.

La contratación civil comienza a manifestarse en la sociedad esclavista romana y germana. En Roma, en un inicio, se aprecian pocas normas sobre la materia, motivado por la poca trascendencia de la contratación en una sociedad donde las transacciones eran pocas, debido por su incipiente economía doméstica. Sin embargo, la ocupación romana de vastos territorios mediterráneos generó una expansión de su comercio que contribuyó al surgimiento de la contratación, concretándose ésta en contratos verbales, literales y reales.

Es en la época medieval que se proclama y desarrolla el principio de la consensualidad, motivado fundamentalmente por la obra de los canonistas, que otorgaron un valor fundamental al consenso y establecieron la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.

En los siglos XVII y XVIII la escuela del derecho natural y el pensamiento de la Ilustración destacaron la idea de la voluntad individual, dando paso al arraigado principio de la autonomía de la voluntad como eje central creador de obligaciones; principio que hoy se encuentra limitado de diversas formas tanto en el derecho latino como en el anglosajón.

La evolución económica, industrial y tecnológica ha generado un aumento nacional e internacional de las transacciones, creando una contratación en masa que cada vez más se aparta de aquel sistema de transacciones esporádicas e individuales. Todas las personas naturales o jurídicas con los atributos legales necesarios para ello —personalidad jurídica, capacidad legal, representación—, que desde la perspectiva del derecho denominamos como “sujetos”, necesitan contratar²² para adquirir bienes y servicios que suplan sus necesidades personales, domésticas y hasta de consumo industrial con el fin de transformar y comercializar mercaderías para obtener un lucro.

La contratación se caracteriza hoy por ser un fenómeno social masivo necesario, en el cual intervienen entre sí, creando, transformando o extinguiendo relaciones jurídicas, desde las simples personas físicas (actuando como simples consumidores o como empresarios individuales) hasta los llamados empresarios sociales, sea la forma jurídica que adopten: empresas estatales, sociedades mercantiles y civiles, unidades presupuestadas, cooperativas, organismos o instituciones estatales, entre otros.

Las normas jurídicas que hoy forman parte de nuestro sistema de contratación tienen la peculiaridad de haber sido dictadas en épocas muy diferentes. Tenemos

²² “El contrato es una institución, lo que significa que es un fenómeno social permanente, reconocido y regulado por el ordenamiento jurídico, con efectos obligatorios en la dinámica de la vida social”. RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. *Manual de obligaciones y contratos*, Enpes, La Habana, 1991, p. 126.

por ejemplo el Código Civil, que actúa como norma general de carácter supletorio, que fue dictado (1987) en época en que nuestro país pertenecía al CAME e imperaban las relaciones económicas internacionales con países socialistas, todo lo cual también marcaba las características de la contratación civil, económica y la escasa mercantil interna. De esa misma época, incluso unos años más atrás (1978), había sido dictado el Decreto Ley No. 15 que puso en vigor las Normas Básicas de los Contratos Económicos, imbuido en una concepción ampliamente centralizada y planificada de la economía nacional.

De 1885, y vigente en Cuba desde 1886, aún constituye actualmente norma jurídica positiva el Código de Comercio, otrora Código de Comercio español, heredero de la tradición codificadora francesa (Código de Napoleón de 1804) y del Código Civil español de 1829. Como se supondrá, este Código, dictado en época de la Colonia, está desactualizado tanto en técnica jurídica como en aspectos terminológicos.

Más recientemente fue dictada una Resolución del Ministerio de Economía y Planificación, No. 2253, de 2005, sobre Indicaciones para la Contratación Económica, en la cual se tratan de perfilar desde una perspectiva metodológica nuevos principios de la contratación ausentes en la norma general común (Código Civil). Sin embargo, esta norma no tuvo el alcance ni la jerarquía normativa esperada.

Por otro lado, el Ministerio del Comercio Exterior ha legislado sobre varios contratos (comisión, consignación, agencia), todos en sede de comercio exterior, con lo cual muchos de estos tipos contractuales no tienen una regulación dirigida a la contratación nacional, a pesar de existir posibilidades y necesidades en este orden.

En sede de técnica jurídica, nuestra sociedad precisa de un sistema de contratación en el que estén presentes principios de contratación ampliamente reconocidos en legislaciones nacionales de otros países y en normas de carácter internacional, principios ausentes hoy o no suficientemente abordados, tales como: la buena fe, la evitación de cláusulas abusivas, la confidencialidad, la libertad de forma, la cooperación en la interpretación, claridad y precisión del contenido del contrato, el derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, así como el derecho a solicitar la modificación del contrato ante circunstancias especiales.

Sin duda, los sujetos contratantes en la sociedad contemporánea, bien sean empresarios individuales o sociales, incluso aquellas instituciones estatales de carácter público que tienen una función rectora y controladora de la contratación por motivos fiscales, aduanales, registrales, estadísticos u otras, requieren de un apoyo tecnológico que brinde las herramientas necesarias para hacer dicho sistema más transparente, confiable y ágil.

Las herramientas tecnológicas en el sector de la informática, por ejemplo, son sumamente importantes para poder contar, desde una empresa estatal o sociedad mercantil, con un registro único de contratos para conocer cuál de los formalizados se encuentra vencido o vigente, y cuál o cuántos se han firmado con un determinado sujeto, lo que permite disponer de una mejor organización para trabajar con estos instrumentos jurídicos.

En este mismo sentido, la tecnología se muestra necesaria para diseñar programas informáticos de gestión o de control contable que permitan incluso aprovechar las ventajas comerciales y financieras que los tipos contractuales en su contenido encierran, todo ello en beneficio del desarrollo de nuestra economía nacional.

No puede dejar de mencionarse el comercio electrónico, realidad impuesta en nuestros días por el propio desarrollo tecnológico, y a partir del cual se logra que partes contratantes situadas geográficamente en lugares distantes puedan comunicarse y hasta obligarse en un sentido u otro a partir de la confluencia de las ofertas y las aceptaciones enviadas por esta vía o de la estipulación de una firma virtual en un documento plasmado en estos formatos, todo ello sin resquebrajar la necesaria seguridad jurídica que debe prevalecer en actos de esta naturaleza.

En función de los elementos anteriores, nos hemos formulado la siguiente interrogante: ¿cómo la ausencia de un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo influye en nuestra realidad económica, jurídica y social? Considerando como una posible respuesta la siguiente: un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo permitiría a los sujetos del derecho una mejor y más expedita y eficiente interrelación jurídica-contractual en beneficio propio y de la economía cubana en general, así como una mayor disciplina y seguridad jurídica en beneficio de la sociedad.

Claro que para que la hipótesis anterior sea comprobada habrá que previamente determinar en el plano histórico, teórico y normativo el carácter eminentemente social del fenómeno de la contratación; describir las circunstancias actuales que nos impiden contar con un sistema de contratación sistémico, coherente y completo; sistematizar los principios que deben estar presentes en el sistema de contratación, desde la perspectiva de las ciencias sociales en general (valores jurídicos y axiológicos), así como analizar los diferentes campos de influencia de la tecnociencia dentro del sistema de contratación.

2. El carácter social del contrato y de la contratación jurídica

De ninguna manera podrá desconocerse en la sociedad contemporánea la función de herramienta fundamental que tiene el contrato como vehículo a través

del cual se formalizan —contrato como acto— y ejecutan —contrato como regla, *lex contractus*— los intercambios de bienes y servicios entre los diferentes sujetos de derechos y obligaciones que intervienen en cualquier escenario económico-social.

En algunas ocasiones, según la esfera de actuación de las partes involucradas y el conocimiento profesional, especializado, lato o profano de éstas, las denominaciones pueden ser varias: acuerdo, entendimiento, pacto, convenio, contrato. Sin embargo, a estos efectos todas estas disímiles denominaciones refieren situaciones semejantes, siempre y cuando estén presentes en ellas los elementos esenciales del acto jurídico y su contenido sea obligacional, al margen de la denominación utilizada.

El contrato como institución jurídica es un fenómeno indisolublemente vinculado al concepto moderno de sociedad. No podrían concebirse sociedades de seres humanos, organizadas, civilizadas, si el entramado de relaciones sociales que se suceden en éstas permanentemente no fueran reconocidas y reguladas por el derecho. El contrato es una relación social convertida además en relación jurídica a los fines de reputarle a la primera una organización en cuanto a la forma de crearse, de modificarse y extinguirse, y un ámbito de conocimiento público de consecuencias y efectos.

Por otra parte, el contrato como parte del derecho no debe ser visto como un fenómeno aislado, sino como parte de la cultura total de una sociedad, lo que permitirá estudiarlo en relación con las diversas instituciones sociales. Debe ser apreciado como un producto generado por los esfuerzos conscientes de la gente por solucionar sus problemas; es un medio para institucionalizar patrones de conducta, deberes, derechos y obligaciones, para apoyar medidas de proyección social, para lograr cambios en las actitudes a través de la diseminación del cumplimiento de nuevos patrones de comportamiento y para recoger, plasmar y publicitar los cambios producidos en la estructura social y económica.³

El contrato es social desde el mismo primer momento en que las partes que lo formalizan son personas físicas o personas morales representadas por personas físicas. Coinciden todos los ordenamientos jurídicos en reconocer como uno de los elementos esenciales del contrato el elemento subjetivo, que no es más que la manifestación de voluntad de las partes. Desde el punto de vista social y material, esa manifestación de voluntad persigue en primer lugar satisfacer una necesidad personal que consciente o inconscientemente, ya en el plano de la superestructura de la sociedad, genera consecuencias jurídicas (elemento objetivo) a partir de que recibe un reconocimiento por parte del sistema legal positivo.

³ ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. "La investigación en el campo del derecho", *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, 2a. ed., UNAM, México, 1995.

Siguiendo la historicidad del contrato, tenemos que primero surgen los tipos contractuales en especie y posteriormente fue que se desarrolló, como ejercicio intelectual basado en la abstracción, la teoría general de éstos. Ello fue consecuencia de que los jurisperitos romanos, siguiendo su instinto eminentemente práctico, no desarrollaron abstracciones conceptuales, sino que más bien, y de una manera realmente impecable, trabajaron la técnica de los contratos existentes en aquella sociedad.

Es así que se nos presenta como primer tipo contractual surgido el llamado *nexum*. Este contrato, envuelto inicialmente en un ritual sincero y real,⁴ era el instrumento jurídico que se utilizaba para satisfacer una necesidad social: la de aquellos que recibían en préstamo un dinero que necesitaban y asumían la obligación de devolverlo posteriormente. La entrega de pedazos de bronce (dinero metálico cuyo valor dependía de su peso) al deudor, aparte del cumplimiento del ritual exterior, era la verdadera causa de la obligación y fue lo que llevó al reconocimiento de que el hombre podía quedar obligado por el solo hecho de haber recibido una cosa (*res*), por donde se engendraron luego los llamados contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda).

Además de los contratos reales, se reconocían en el derecho romano los *verbis, litteris* y *consensu*. Aquellos en los que el *consensu* es característica esencial y exclusiva —compraventa, mandato, arrendamiento, sociedad— surgieron primeramente a partir de un reconocimiento social (tipicidad social), que por su importancia, trascendencia y necesidad de seguridad legal tuvieron un reconocimiento jurídico (tipicidad normativa). A partir de la compraventa, personas que necesitaban adquirir una cosa, recibían ésta con traspaso a su favor de la propiedad a cambio de una suma de dinero o precio. Por su parte, el arrendamiento garantiza que un sujeto use y disfrute temporalmente de un bien, sin recibir la propiedad de éste, a cambio de un precio. En su caso, el mandato permitía que una persona —mandante— encargara la realización de un acto que le interesa a otra persona —mandatario—, quien acepta llevarlo a cabo gratuitamente.

En la esfera mercantil, el contrato de comisión funge como mandato mercantil, en el cual el mandatario o comisionista percibe una comisión o precio, convirtiéndose en un contrato oneroso. En virtud del contrato de sociedad, dos o más personas se obligan a poner en común bienes o industrias, con un fin lícito, para obtener una ganancia repartible.

En las llamadas sociedades universales romanas se reconocía la *societas omnium bonorum*; en ella los socios aportaban la totalidad de sus bienes presentes y futuros y tuvo su origen en la comunidad familiar. También estaban las *socie-*

⁴ DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, ERNESTO. *Derecho romano*, 2a. ed., Félix Varela, La Habana, 2006, t. II, parte 2, p. 153.

tas omniun qua ex quaestu veniunt, en las que las aportaciones comprendían tan solo lo que los socios adquirieran por medio de su trabajo; su origen estuvo en los esclavos liberados que careciendo de patrimonio unían sus esfuerzos en pos de una empresa. Por otra parte estaban las llamadas sociedades particulares, la *societas unius rei*, creadas para la realización de un solo negocio, y las *societas alicuius negotiationis*, constituidas para la realización de diversas empresas. Estas dos últimas formas de sociedades sólo abarcaban una parte de la actividad y del patrimonio de los socios, a diferencia de las universales. En otro orden se reconocían las llamadas sociedades vestigales (*societas vectigalium*), a través de las cuales el Estado romano satisfacía la percepción de los tributos. La sociedad adjudicataria del encargo realizaba la cobranza a los contribuyentes a cambio de una cantidad alzada que le abonaba el Estado.⁵

Como fenómeno social influenciado por diversos factores que han condicionado su evolución, el concepto de contrato que hoy empleamos no se formó en el derecho romano ni en el derecho intermedio: la corriente de pensamiento canonista que otorga un valor esencial al consenso, con lo cual se configura la idea de la voluntad como principal fuente de obligación (esto se encuentra condicionado por cuestiones de orden religioso, en las que se asienta el deber de fidelidad a la palabra dada); un segundo factor es la corriente del voluntarismo jurídico y las necesidades de liberar el tráfico mercantil de ciertas trabas formales que obstaculizaban la celeridad de las transacciones y, por último, la escuela del derecho natural de los siglos xvii y xviii, que tributa a la noción de la voluntad como fuente esencial de las obligaciones, tomando como punto de partida el racionalismo y el individualismo jurídico.⁶

Esta corriente de considerar la autonomía de la voluntad como piedra angular del contrato quedó incluso recogida en nuestro ordenamiento positivo al estipularse en el artículo 310 del Código Civil que “el contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”. Al decir de DELGADO VERGARA, el concepto moderno de contrato se nos presenta como un negocio jurídico (esfera de la voluntad y de la libertad individual) bilateral (esfera de la igualdad de las partes), en cuya virtud se crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas obligatorias,⁷ especie dentro de las relaciones sociales en general.

Un poco más de un siglo después de que se enarbolaran los ideales de libertad, igualdad y fraternidad que sirvieron de fundamento, junto con el presu-

⁵ *Ibidem*, pp. 211 y 212.

⁶ DELGADO VERGARA, TERESA. “El contrato como institución central en la sociedad moderna”, *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, Félix Varela, La Habana, 2000, p. 142.

⁷ *Ibidem*, p. 143.

puesto económico de una economía liberal, a la concepción de considerar que el paradigma del contrato se asienta en la autonomía de la voluntad, esta realidad fue transformándose. Ya en las primeras décadas del siglo XX, VALVERDE Y VALVERDE anunciaba que

[...] los cambios económicos, la evolución de los fenómenos y el progreso de los factores de la producción, exigen figuras nuevas de obligaciones y la solución a ciertos problemas económicos, repercuten de tal manera en la doctrina de las obligaciones, que crea fuentes nuevas de vínculos obligatorios respetando sus formas jurídicas existentes, bien reformándolas o bien destruyéndolas [...].⁸

Sin duda, la dinámica de la vida económica actual, motivada por los avances constantes y cada vez más sistemáticos de la tecnología de todo tipo, influye en la teoría general del contrato, convirtiendo a esta institución en un fenómeno cada vez más social. El profesor Díez-Picazo, citado y analizado por Pérez Gallardo,⁹ explica la citada influencia de la siguiente forma:

a) Se afecta la configuración misma de la teoría general de las obligaciones y contratos.

Ello motivado porque “[...] el tráfico económico vierte en el comercio bienes de consumo masivo que son géneros que entre sí tienden a diversificarse cada vez más [...]”.¹⁰ Los servicios ocupan asimismo un lugar cimero: se produce el paso del sector industrial al terciario de servicios, lo que además de causar un desajuste entre los supuestos económicos y las normas jurídicas, conlleva a que la teoría general de las obligaciones y contratos pase a ser una teoría que incluya los criterios nacidos del tráfico en masa y de una economía de servicios.

b) Se sustituyen los clásicos esquemas contractuales por un sistema de pura adhesión.

[...] La tecnificación y los procesos de racionalización del trabajo conducen a la automatización de la producción y de la distribución de bienes y servicios. Los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores determinan, bajo el punto de vista jurídico, supuestos enteramente nuevos en los cuales más que de puras relaciones contractuales habría que hablarse de relaciones o supuestos legalmente reglamentados.¹¹

⁸ VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO. *Tratado de derecho civil*, t. III: *Parte especial. Derecho de personas y obligaciones*, 2a. ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, p. 15.

⁹ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. “Hacia un nuevo derecho de obligaciones y contratos”, *Lecturas de obligaciones y contratos*, cit., p. 23.

¹⁰ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. 1: *Introducción. Teoría del contrato*, 4a. ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 56.

¹¹ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 23.

c) Se invierte la relación existente entre producción y mercado.

El desarrollo inusitado de las grandes empresas con necesidades de programación a largo plazo no permite la adaptación de la producción al mercado, sino viceversa. La producción se impone, por lo que el mercado tiene que adaptarse a sus exigencias mediante la captación de los consumidores, adquiriendo una significativa importancia la publicidad y el marketing.

Estos datos conducen a

[...] una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo por medio de unos principios generales, y de unas directrices que no pueden ser resueltos con antiguos moldes normativos.¹²

A la luz de las realidades descritas, que vistas más de una decena de años después de que fueran analizadas por los anteriores catedráticos podemos decir que lejos de modificarse se han acentuado profundamente, hablamos del fenómeno de una contratación jurídica masiva, tanto nacional como internacional, donde priman por encima de los contratos *paritarios o discrecionales* (los celebrados mediante la negociación de sus cláusulas por sujetos que se encuentran en situación de libertad y con suficiente poder de negociación) los contratos *tipos o preformas*, también llamados *predispuestos* (sus estipulaciones han sido predispuestas unilateralmente por una de las partes), y contratos *formalizados por adhesión* (presuponen la existencia de un contrato predispuesto en el que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación).

Estos contratos tipos, llamados preformas, predispuestos, y también los que se formalizan por adhesión, que establecen condiciones generales de contratación, constituyen la característica más visible y exterior de la contratación jurídica actual. Su justificación está en que “la producción masificada, tanto de bienes como de servicios, conlleva a un ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes y servicios producidos. Es imposible que la empresa moderna utilice el mecanismo del contrato por negociación para acordar sus relaciones con cada uno de los eventuales clientes”.¹³

El carácter eminentemente social de la contratación jurídica no sólo viene dado porque hoy son más personas las que contratan entre sí, o porque los clientes y proveedores de un actor económico se hayan multiplicado miles o millones de veces en espacios locales o supranacionales, lo cual implica indu-

¹² DIEZ-PICAZO, LUIS. *op. cit.*, p. 57.

¹³ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 24.

dablemente una masiva participación en la contratación, sino además por las propias consecuencias que trae el hecho de que esta contratación se realice en planos de desigualdad económica, donde una de las partes, que generalmente es el ciudadano común, no puede negociar el contenido del contrato, al tener sólo la opción de adherirse a lo propuesto por una compañía pública o privada que explota, generalmente de manera monopólica, un servicio vital y necesario según las condiciones de la sociedad moderna. No pocas veces esta manera de contratar, vigente en nuestra actualidad y realidad, es fuente de injusticias y desequilibrios; razón por la cual se impone un nuevo derecho de la contratación, llamado a proteger a la parte más débil a través de estatutos que tutelen a los ciudadanos-consumidores en su condición de adquirentes o destinatarios finales de productos y de servicios.

3. Principios jurídicos y valores axiológicos del sistema de contratación en la sociedad contemporánea

La elaboración y puesta en vigor de un sistema completo, actualizado y coherente de normas inspiradas en los principios jurídicos generales en materia de contratación constituye un presupuesto *sine qua non* para garantizar un equilibrio entre las partes en cuanto a los derechos, obligaciones y cargas contractuales y sus efectos, motivados por el cumplimiento o incumplimiento de éstos.

La ley común cubana (Código Civil vigente) ha recogido de manera muy general en sus preceptos algunos principios de la contratación, en unos casos con alcance mayor que en otros; en tanto que otros principios no tienen presencia alguna en este cuerpo legal. Algunas normas especiales con carácter de resoluciones ministeriales han tratado de incorporar disposiciones inspiradas en principios que faltaron en la norma general, mas su intento no ha sido del todo suficiente.

Tengamos en cuenta que

[...] los principios generales no son normas propiamente dichas, sino ideas capaces de inspirar todo un conjunto normativo y, en tal sentido, su función es completamente distinta de la que desempeñan las normas propiamente dichas. Estas ideas, estos principios, deben ser tenidos en cuenta por el juez, no sólo cuando pretende llenar una laguna de la ley; sino también cuando desenvuelve una labor meramente interpretativa, porque las normas concretas únicamente son capaces de manifestar su verdadero sentido a la luz de los principios generales que los inspiraron.¹⁴

¹⁴ COSSIO, ALFONSO, cit. por PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. "¿Quo Vadis derecho de contrato?", *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI*, MP Editora, São Paulo, 2007, p. 148.

Cuando hablamos de principios jurídicos generales nos estamos refiriendo a valores, entendidos éstos como una concentración objetiva y aceptada de valores sociales que tienen una expresión jurídica. Estos valores no son independientes de condiciones históricas, no son el mero resultado de apreciaciones subjetivas; desde nuestra óptica filosófica se reitera su carácter objetivo, histórico y dialéctico.

Son estos principios jurídicos generales parte esencial del contenido axiológico¹⁵ del derecho, todo lo cual ratifica FERNÁNDEZ BULTÉ al expresar “[...] que lo axiológico es parte consustancial del mismo derecho, todo fenómeno jurídico es al mismo tiempo, y por ser tal, una expresión axiológica, es decir, una formulación de determinados valores sociales que reciben el respaldo y la consagración jurídicas”.¹⁶

Es en función de lo anterior que estamos obligados a garantizar cada día más una mayor participación sectorial en el proceso de creación legislativa, tanto de operadores del derecho de diversas especialidades (abogados, jueces, fiscales, consultores, asesores jurídicos), que puedan aportar u opinar sobre un determinado proyecto legislativo a partir de sus diferentes experiencias, vivencias, formación y conocimientos especializados, como de otros especialistas sociales, como los sociólogos, psicólogos, historiadores, entre otros. Esta cooperación interdisciplinaria enriquecerá nuestra normativa jurídica, pues ontológicamente el derecho debe configurarse por “normas-valores” y realidad social, y no limitarse exclusivamente al ámbito normativo.¹⁷ Se trata de proponer una ruptura epistemológica que supere el campo normativista (ontologismo sustancialista), y entre de lleno a considerar contenido y ser de las relaciones sociojurídicas.¹⁸

La Resolución Ministerial No. 2253, de fecha 8 de junio de 2005, dictada por el ministro de Economía y Planificación, trató de incorporar en la normativa jurídica positiva cubana determinados principios que estaban ausentes en la ley común, mas su esfuerzo, aunque representó un discreto paso de avance en este sentido, por omisiones y parquedad en su redacción, no cubrió todas las expectativas y necesidades.

Esta norma jurídica vigente tuvo un alcance y ámbito de aplicación superior al otrora Decreto Ley No. 15 de 1978, Normas Básicas de los Contratos Económicos, en tanto su aplicabilidad se hizo extensiva a sujetos tales como sociedades civiles y mercantiles constituidas en Cuba, entre ellas las empresas mixtas (formadas por capital cubano y extranjero), distintas formas de cooperativas

¹⁵ Filosóficamente, la axiología se ocupa de la indagación de los valores.

¹⁶ FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO. *Filosofía del derecho*, Félix Varela, La Habana, 1997, p. 20.

¹⁷ WITKER V., JORGE. “Docencia crítica y formación jurídica”, *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, cit.

¹⁸ *Idem*.

autorizadas por la ley y cualquiera otra persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

La aplicabilidad legal de la norma estableció que las Indicaciones para la Contratación Económica deben ser cumplidas por las personas naturales y jurídicas expuestas precedentemente cuando éstas establecen relaciones económicas-contractuales que se formalizan en el territorio nacional a través de tipos de contratos definidos en el referido Decreto Ley No. 15 y su legislación complementaria, así como mediante otras figuras contractuales que hoy se utilizan en la economía cubana.

Se exceptúan de la aplicación de las Indicaciones para la Contratación Económica los contratos internacionales que otorguen los referidos sujetos nacionales con las personas naturales o jurídicas extranjeras radicadas fuera del territorio nacional. No obstante, las partes de tales contratos pueden aplicar las indicaciones si así lo determinan voluntariamente y de mutuo acuerdo, en cuyo caso estamos en presencia de una aplicabilidad meramente voluntaria, es decir, en virtud del consentimiento de las partes.

Los principios generales del contrato que de alguna manera trataron de ser recogidos en las Indicaciones para la Contratación Económica, expresados a través de deberes jurídicos normativos, fueron los siguientes: *a)* de la buena fe; *b)* confidencialidad; *c)* libertad de forma; *d)* cláusulas abusivas; *e)* cooperación en la interpretación; *f)* oferta y aceptación; *g)* claridad y precisión del contenido del contrato; *h)* cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato, e *i)* modificación del contrato.

A) Deberes jurídicos inspirados en el principio de la bona fide o buena fe

Encuentran su regulación en varios artículos de las Indicaciones. Por ejemplo, en el artículo 2 se dispone que “las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución”.

Asimismo, el artículo 4 refrenda que “para llegar a la concertación de un contrato, los sujetos deben establecer previamente negociaciones o tratos preliminares, cuidando, si no es su voluntad, que ello llegue a constituir una promesa de contrato”.

Por su parte, el precepto número 16 establece que “ante la imposibilidad de incumplimiento del contrato, las partes deben comunicarse de inmediato y, conforme con el principio de buena fe contractual, adoptar medidas efectivas que tiendan a disminuir el efecto del incumplimiento”.

Es comúnmente admitido que en el desarrollo de los tratos o negociaciones que preceden la posible celebración de un contrato, existen entre las partes determinados deberes que surgen desde que entran en contacto con el propósito de negociar. Estos deberes, inspirados también en el principio general de la buena fe, no fueron mencionados en la norma que revisamos y lógicamente tampoco fueron definidos, lo cual conspira contra una objetiva evaluación de hasta qué punto fueron cumplidos o inobservados en una negociación determinada. La ausencia de esta referencia sitúa en un plano subjetivo el parecer de cada parte y por supuesto que no facilita el trabajo de un juez o de un árbitro a los que les corresponda juzgar un caso de esta naturaleza.

Es generalmente aceptado en la doctrina científica que, no obstante la ausencia de cualquier vínculo contractual en el momento negocial preliminar, la infracción de alguno de esos deberes precontractuales da lugar a la llamada responsabilidad por culpa *incontrahendo* o responsabilidad precontractual del infractor, si de ella han derivado daños para el otro negociante. A pesar de que el artículo 4 de las Indicaciones hace referencia a la existencia de tratativas preliminares, no regula expresamente la responsabilidad precontractual, con lo cual queda sin delinearse en la normativa jurídica cubana la definición, presupuestos y efectos de este tipo de responsabilidad.

Los deberes jurídicos existentes en la fase de negociación o tratos preliminares reconocidos por la doctrina son los siguientes:¹⁹

- a) *Deber de información*: considera que cada una de las partes está obligada a comunicar a la otra las circunstancias de que tenga (o debiera tener) conocimiento y que, de ser conocidas por la otra parte, la llevarían a no contratar o a no hacerlo en los mismo términos, siempre y cuando la ignorancia de esta última esté justificada.
- b) *Deber de protección*: implica el deber de cuidado, atención y cautela para preservar sus respectivas esferas (la de los negociantes), personal y patrimonial, de todo daño que pueda derivar de la proximidad o relación entre las mismas. Implica la protección de las propias negociaciones.
- c) *Deber de lealtad negocial*: implica tener y mantener un comportamiento correcto en el curso de los tratos preliminares (actuar seriamente) y, por tanto, de no iniciar negociaciones que no se tiene el propósito de concluir o de interrumpir sin justificación las ya iniciadas; también el deber de conservar diligentemente los bienes objeto del contrato que se está negociando.

¹⁹ VALÉS DUQUE, PABLO. "Una aproximación al análisis de la responsabilidad precontractual o culpa *incontrahendo*", *El derecho de contratos en los umbrales del siglo XXI*, cit., pp. 475-479.

El ya referido artículo 4 de las Indicaciones señala que las partes deben cuidar que los tratos o negociaciones preliminares no lleguen a constituir, si no es su voluntad, una promesa de contrato. Mas no define estas variables ni aporta los elementos que permitirán diferenciar un momento de otro y sus repercusiones; en virtud de ello, estas omisiones habrá que cubrirlas desde el punto de vista doctrinal.

Los tratos o negociaciones preliminares son actos o serie de actos que preceden a la perfección del contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad. En este momento las partes están animadas por una voluntad de discutir, pero no necesariamente por una voluntad de contratar. En ellos, por regla general, las partes no quedan obligadas; la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad, salvo que se incumplan los deberes expuestos precedentemente.

La promesa de contrato o precontrato es un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato. En el precontrato se determina el futuro contrato en todos sus elementos esenciales; la relación contractual se abre a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que ambas, o una de ellas, se reservan la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor.

Otro de los elementos a los que se le echa de menos en las Indicaciones respecto a la regulación de los deberes jurídicos inspirados en el principio de buena fe (como consecuencia del incumplimiento de este principio al reputarse responsabilidad precontractual en los tratos preliminares) es la determinación del alcance del resarcimiento que debe producirse en este caso. Al efecto, la doctrina ha planteado que se trata de que la indemnización deje a aquel cuya confianza ha sido defraudada en la situación en que se hallaría de no haber confiado.

En este sentido, debe ser indemnizado tanto el daño emergente como el lucro cesante; entendiendo por daño emergente los gastos hechos por tramitar documentos, gastos de transporte, gastos por instalación y mantenimiento, por tramitación de créditos y gastos a asumir por el afectado por compromisos contraídos con terceros. Por su parte, el lucro cesante se refiere a las pérdidas de las ganancias que se hubieren obtenido de haber aceptado otras ofertas contractuales de las que disponía cuando se estaba negociando el que no llegó a celebrarse o cuando se celebró el contrato nulo (que no fue confirmado).

b) El deber jurídico de la confidencialidad

Aparece regulado en el artículo 2.1 de las Indicaciones, el cual refiere que “las partes deben preservar la confidencialidad de la información que recíprocamente

se suministren con este carácter, independientemente de que se otorgue o no el contrato, cuya violación debe ser objeto de reclamación y corrección en la forma que acuerden las partes o que, llegado el caso, se disponga por la autoridad jurisdiccional correspondiente”.

El precepto anterior no incluyó los elementos sustantivos a tener en cuenta para la reparación del daño causado por la violación de este deber, que son la compensación al afectado en proporción al daño y en proporción al beneficio del trasgresor.

c) Deberes jurídicos relacionados con la forma de los actos

Han estado presentes en nuestra legislación positiva con cierto grado de coherencia entre lo regulado en unas normas anteriores y otras posteriores. Los preceptos del Código Civil se acercan de manera general a considerar la forma en los contratos como un elemento *ad utilitatem* y no como elemento constitutivo o esencial (forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*).²⁰ Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO, es cierto que los contratos reales apenas existen en las normas del Código Civil cubano, “[...] pero ello no implica una desaparición absoluta de la forma. Una buena parte de los contratos reconocidos por el legislador son formales, si bien no solemnes. Lo que sucede es que en ellos se desplaza el rol que a la forma le viene atribuido. El Código no reclama de la forma un componente estructural del contrato, sino un elemento de prueba o un presupuesto *sine qua non*, a los fines de su oponibilidad frente a terceros, no *inter partes*”.²¹

Esta posición inclinada hacia la consensualidad ha sido refrendada a través de las resoluciones judiciales del Tribunal Supremo.²²

Las Indicaciones para la Contratación Económica siguen la misma fórmula del Código Civil al reputarle a la forma una función probatoria y no constitutiva del contrato. El artículo 3 de estas Indicaciones señala que “el contrato debe constar por escrito y en idioma español, sin sujeción a otro tipo de formalidad, a menos que las partes así lo acuerden o la ley lo exija [...]”. Seguidamente, el

²⁰ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 150.

²¹ *Ibidem*, p. 149.

²² Conforme lo ha dicho la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, se trata de un artículo (el 51, inciso a) que “no es preceptivo, no resultando en todo caso requisito esencial de validez del acto jurídico su existencia documental” (sentencia No. 535, del 30 de julio de 2004, segundo considerando. Ponente: Acosta Ricart), de manera que su incumplimiento (ahora refiriéndose al inciso b) “no es esencial para asegurar la validez y eficacia de un acto jurídico [...] y menos aún el hecho de no constar de esa forma [por escrito], signifique que se esté en el supuesto de nulidad absoluta que preconiza el artículo sesenta y siete [del Código Civil], en el entendido que ésta existe cuando el acto se crea o nace contraviniendo preceptos imperativos de la ley” (sentencia No. 120, del 24 de febrero de 2004, tercer considerando. Ponente: Díaz Tenreiro). PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, pp. 151 y 152.

artículo 3.1 regula que “cuando excepcionalmente se ejecuten prestaciones sin un contrato previamente concertado por escrito, la relación jurídico económica se demuestra por cualesquiera de los medios de prueba admitidos en derecho. La prueba debe evidenciar el acuerdo suficiente de las partes sobre la prestación que constituye dicha relación, por lo que éstas deben ser diligentes en el aseguramiento de dichas pruebas”.

El hecho de que la ley permita probar la existencia de la relación jurídica contractual por el documento escrito, en primer lugar, o en ausencia de éste por otros medios de prueba admitidos en derecho, entre los que podemos citar a las facturas comerciales, conduces, cartas de portes u otros similares,²³ demuestra que la forma no es un elemento esencial para la validez y eficacia del contrato, sino un requisito para su oponibilidad y publicidad frente a terceros.

d) Deber jurídico de evitación de cláusulas abusivas

Ninguno de los cuerpos legales vigentes referentes a contratos define lo que es una cláusula abusiva. El cuerpo legal que más se acerca al tema es la Resolución 2253/05 que pone en vigor las Indicaciones de la Contratación Económica, al referirse al término “cláusulas impositivas”.

El artículo 3.2 de las Indicaciones autoriza que las partes, en la etapa de negociación, utilicen modelos de contratos redactados por ellas, los cuales deben estar desprovistos de cláusulas impositivas que mutilen el carácter de colaboración y buena fe que debe primar, así como pactar condiciones generales, entendidas éstas como cláusulas predisuestas, preparadas con antelación para contratos otorgados por adhesión.

Más allá de la denominación empleada, pues una cláusula impuesta no tiene necesariamente que ser una cláusula abusiva, se echa de menos una serie de elementos que permita identificar una cláusula de este tipo. Sustantivamente, el legislador pudo referirse a ella tomando como referencia los siguientes aspectos:

- a) El punto de equilibrio queda desplazado y el contrato se transforma en un potencial instrumento de opresión que ejerce el polo dominante (pre-

²³ “[...] nada obstaría al reconocimiento de una relación jurídica-económica existente si se demuestra que entre las partes litigantes hay antecedentes de contratación basados en vínculos históricos mantenidos entre las mismas, cuya vigencia puede tenerse por presente a virtud de actos posteriores, aún cuando no se hubiere procedido a renovar el contrato en cuestión. También los casos de documentos tales como: facturas, conduces, cartas de porte u otros similares, con valores probatorios específicos, casuísticamente, podrían ser objeto de valoración como indicativos de la existencia de una relación jurídico-económica [...]”. Dictamen 337 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, del 19 de noviembre de 1992.

- disponente), sobre la parte débil (adherente), fracturándose el principio conmutativo de distribución de sacrificios.
- b) Implica una lesión a los criterios valorativos que éticamente conducen a un enjuiciamiento de la justicia interna del contrato (regla general de confianza).
 - c) Lesiona el justo equilibrio de las prestaciones (valoración de ventajas, derechos, obligaciones y cargas para cada parte contratante).

Tampoco estableció el legislador una necesaria clasificación de los tipos de cláusulas abusivas que reconoce la doctrina, como las cláusulas de desequilibrio contractual y las cláusulas de desequilibrio procesal.

Las cláusulas de desequilibrio contractual son aquellas que producen desigualdad a la posición que ocupan las partes en el contrato, una frente a la otra; su objetivo está dirigido fundamentalmente a elevar a un plano superior al que ya tiene, por la naturaleza del contrato, al estipulante y consecuentemente desplazar hacia una situación aún más precaria al adherente.²⁴ Como ejemplos de este tipo de cláusulas podemos señalar las siguientes: de exoneración o limitación de la responsabilidad del estipulante o aquellas que confieren unilateralmente derecho al estipulante a dar por terminado el contrato, a resolverlo a su discreción, a modificarlo y/o a interpretarlo.

Asimismo, aquellas de desequilibrio procesal son las que producen una disminución de los medios de defensa e impugnación de la parte adherente; por medio de ellas el estipulante pretende anular las herramientas judiciales de quienes con él contratan.²⁵ Se señalan como cláusulas de este tipo, aquellas en las que se estipulan pactos de sumisión expresa a tribunales que no sean los del domicilio del adherente, las que alteran las reglas relativas a la carga de la prueba en perjuicio del adherente y las que exigen al adherente el cumplimiento de requisitos formales a los efectos de hacer declaraciones o comunicaciones con el predisponente o con un tercero.

El Código Civil cubano establece en el artículo 52 las siguientes pautas para la interpretación de una manifestación de voluntad que se presume no fue suficientemente clara, la cual deberá ser interpretada teniendo en cuenta: a) la

²⁴ OJEDA RODRIGUEZ, NANCY, citada por JIMÉNEZ CERVERA, MARISEL, *Las cláusulas abusivas como presupuesto de ineficacia contractual*, IV Jornada Internacional de Contratos, La Habana, 2005.

²⁵ *Idem*.

voluntad presumible del que la emitió; *b*) la significación generalmente aceptada de las palabras, y *c*) las demás circunstancias concurrentes.

Por su parte, las Indicaciones, en el numeral 2, establecen que las partes en un contrato económico están obligadas a actuar de buena fe y a prestarse la debida cooperación en su concertación, interpretación y ejecución.

Tanto una redacción como la otra pudieron incorporar técnicas de interpretación reconocidas por la doctrina científica. En el caso del Código Civil, por ejemplo, indica que se deberá tener en cuenta la voluntad presumible del que emitió la declaración de voluntad; sin embargo, en sede contractual no se trata de una sola manifestación de voluntad, sino como mínimo de la voluntad de dos partes; por ello, doctrinalmente y en los principios esbozados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (principios UNIDROIT) se fija como regla primaria de la interpretación contractual la intención común de las partes y no sólo de una de ellas. Si dicha intención no pudiera establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes colocadas en las mismas circunstancias. Asimismo, dentro de las circunstancias relevantes a tener en cuenta para la interpretación deben considerarse las negociaciones previas entre las partes.

Las cláusulas de un contrato deberán interpretarse en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas, siendo esta técnica conocida como interpretación dando efecto a todas las disposiciones.

Por su parte, la interpretación contra *proferentem* estipula que si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

En sede de interpretación contractual, nuestra normativa no puede desconocer aquella que preconiza la integración del contrato. Se trata de que cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias. Para determinar cuál es la disposición más apropiada se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: *a*) la intención de las partes; *b*) la naturaleza y finalidad; *c*) la buena fe y la lealtad negocial, y *d*) el sentido común.

No es ociosa la incorporación de un precepto que reconozca la interpretación auténtica del contrato, que no es más que aquella interpretación que las partes del negocio pueden llevar a cabo a través de una nueva declaración de voluntad dirigida a fijar el sentido y el valor de las declaraciones. Dicha interpretación tendrá un alcance limitado al ámbito de las propias partes, no frente a terceros,

y estarán obligadas éstas a dar al negocio interpretado el sentido fijado en la nueva declaración de voluntad.

f) El deber jurídico de establecer contratos claros y precisos en cuanto a su contenido

El numeral 10 de las Indicaciones refiere que los contratos deben ser lo suficientemente precisos como para que no se entiendan comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos respecto a los cuales las partes se propusieron contratar. Las partes deben pactar todas las cláusulas necesarias que garanticen el mejor cumplimiento de la prestación objeto del contrato, atendiendo a su naturaleza y tipo.

En sentido general, las Indicaciones recogen prescripciones atinentes a las siguientes cuestiones:

- Pactar todas las cláusulas necesarias que garanticen el mejor cumplimiento de la prestación objeto del contrato, atendiendo a su naturaleza y tipo.
- Establecer un objeto del contrato claramente formulado con los elementos que definan la esencia del negocio.
- Suficiente formulación de las prestaciones y los requisitos para su cumplimiento. Dichas prestaciones tienen que estar en correspondencia con el objeto social, empresarial o finalidad económica del sujeto que las presta.
- Establecer cláusulas de garantías del cumplimiento obligacional y penalidades.
- Refrendar parámetros de calidad y métodos y procedimientos a emplear en la comprobación de aquélla.
- Acordar términos de garantía comercial y, en su caso, de los servicios de posventa.
- Establecimiento de pactos relacionados con la documentación técnica y comercial a entregar.

g) El deber jurídico y ético del cumplimiento del contrato u observación de la obligatoriedad contractual (pacta sunt servanda)

Uno de los efectos generales esenciales del contrato es su carácter vinculante o de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes. Al decir de RAPA ÁL-

VAREZ, éstos deben actuar de conformidad con lo convenido mientras no exista vicio que lo impida, todo ello en virtud del principio legal *pacta sunt servanda*.²⁶

A pesar de la importancia de este efecto, el Código Civil cubano no recoge ningún precepto inspirado en este principio. Por su parte, las Indicaciones para la Contratación Económica disponen en el apartado 16.2 que “es deber de las partes velar y reclamar por el estricto cumplimiento de todas las cláusulas del contrato, y no solamente por aquellas que se refieren a las obligaciones de cobros y pagos”.

De otras de las disposiciones de las propias Indicaciones se pueden colegir otras acciones por las que deben velar las partes, como formular y notificar una comunicación inmediata ante un incumplimiento, adoptar medidas que tiendan a disminuir el efecto del incumplimiento, proponer negociaciones y conciliación amigable antes de acudir a la vía judicial, y solicitar el cumplimiento forzoso o su equivalente por la vía judicial (a través de la reparación de daños e indemnización de perjuicios, si los hubiere).

Amén de estas disposiciones recogidas en norma especial, consideramos que no es ocioso que se establezca un precepto que regule concretamente la obligatoriedad del contrato. En este sentido, llama la atención la fórmula utilizada por el legislador español en el artículo 1258 del Código Civil español, que no sólo incluyó el espíritu derivado del principio *pacta sunt servanda*, sino además otras ideas vinculadas con la forma de los contratos, la buena fe y los límites a la autonomía de la voluntad, al disponerse que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

El artículo 310 del Código Civil cubano parece ser la mejor opción para incorporar la idea de la obligatoriedad del contrato. En efecto, si a la redacción actual: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, adicionamos “[...] y desde ese momento tiene carácter obligatorio el cumplimiento de lo pactado”, logramos positivizar en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad del contrato.

Tal y como refiere el profesor PÉREZ GALLARDO, nuestra propuesta no elude el hecho de que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato no sólo supone para las partes un deber jurídico derivado de la autorresponsabilidad asumida por ellas en razón del contrato mismo concertado, sino también como deber ético. Las partes deben conducirse y educarse en la “cultura” del cumplimiento contractual. El papel social que está llamado a desenvolver este instituto jurídico sólo se alcanza en la medida en que se logre el cumplimiento de las

²⁶ RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. *op. cit.*, p. 150.

prestaciones previstas por las partes. A ello se dirige el llamado del legislador del Código Civil en el tercer *por cuanto*, cuando preconiza “la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad” y el fortalecimiento de nuestro sistema económico y social, en el que el contrato juega un papel esencial no sólo como figura jurídica, sino como instrumento de realización económica.²⁷

h) El deber jurídico de colaborar oportunamente con la modificación contractual por causas fundadas

El apartado 3.5 de las Indicaciones franquea la posibilidad de que el contenido del contrato pueda ser modificado a través de un suplemento,²⁸ que no es más que un nuevo contrato modificativo. En este punto vale aclarar las diferencias entre el suplemento y el anexo. El anexo es un documento que forma parte del contrato, mas no lo modifica, sino que lo complementa en aspectos enunciados en cláusulas precedentes, y se suscribe junto con el contrato. Por otra parte, el suplemento debe ser usado para modificar el contrato inicial o incorporar algún elemento no tenido en cuenta en el momento inicial de suscripción del contrato; se suscribe e incorpora al contrato en un momento posterior al de su suscripción inicial.

Este enunciado anterior se complementa en las Indicaciones con el apartado 15, que dispone de manera general que cuando el contrato no responda a las nuevas circunstancias o a los nuevos intereses legítimos de las partes, éstas deben oportunamente modificarlo de mutuo acuerdo.²⁹ De esta forma ha dicho la Sala de lo Económico del Tribunal Supremo: “[...] las partes durante la ejecución del contrato tienen que estarse a lo pactado en el contrato, sin perjuicio del derecho que les asiste de modificar cualquiera de sus cláusulas mediante suplemento suscrito al efecto, por proceder de razones debidamente fundamentadas [...]” (sentencia No. 100 del 22 de febrero de 2000, proceso ordinario, segundo considerando, ponente: Abad Hernández).³⁰

Esta posibilidad que se plantea de modificar el contrato no es más que un reconocimiento de un tipo de novación del acto jurídico que puede recaer en el objeto de éste, en los sujetos, o en las prestaciones principales o accesorias. En estos casos no se pretende extinguir la relación contractual sino sólo alterarla o modificarla; estamos en presencia de una novación modificativa.

²⁷ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 182.

²⁸ Véase artículo 3.5 de las Indicaciones para la Contratación Económica, Resolución No. 2253, del 8 de junio de 2005, del Ministro de Economía y Planificación.

²⁹ Véase artículo 15, *ibidem*.

³⁰ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. *op. cit.*, p. 180.

Mas también puede plantearse una novación extintiva si el fin que persiguen las partes al suscribir un suplemento es pactar la culminación del contrato. En este caso estaríamos en presencia de un nuevo contrato extintivo que contiene el llamado mutuo disenso.

Otras causales establecidas y reconocidas en la ley pueden determinar la extinción de la relación jurídica contractual. Al respecto, hay diversas teorías que tratan de explicar la justeza de la culminación de los efectos del contrato cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución lo conviertan en un acuerdo inequitativo.

La teoría de la cláusula rebuc sic stantibus, por ejemplo, entiende que por voluntad implícita de las partes, en todos los contratos que tienen tracto sucesivo se sobreentiende existente una cláusula con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así. A su vez, *la teoría de la imprevisión* entiende la liberación de una de las partes en aquellos casos en que sobrevienen circunstancias extraordinarias que hacen la prestación muy difícil y que, además, son imprevisibles. Por su parte, *la teoría de la excesiva onerosidad* plantea que cuando la prestación para una de las partes se hace excesivamente onerosa como consecuencia de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, puede ésta demandar la resolución del contrato. Finalmente, *la teoría de la base del negocio* apunta la existencia de una base subjetiva, que es la expectativa común de ambas partes en atención a determinadas circunstancias, cuya aparición o persistencia era esperada por ellas, y una base objetiva, que son aquellas circunstancias exteriores y un estado general de las cosas, cuya subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato pueda continuar existiendo como una reglamentación de intereses, dotada de sentido.

De alguna manera, el artículo 80 del Código Civil cubano recoge las teorías anteriores. Sin embargo, este precepto autoriza en estos casos la rescisión de las obligaciones cuando en realidad debió autorizar la rescisión del acto jurídico, es decir, del contrato, y no de las obligaciones que nacen de él. Al decir del profesor PÉREZ GALLARDO,³¹ este precepto debió incluirse en sede de contratos y no de obligaciones en el cuerpo legal citado.

4. La contratación jurídica, la ciencia y la tecnología: sistema de relaciones

La contratación jurídica en masa existente en nuestras sociedades contemporáneas no puede prescindir de los adelantos de la ciencia, no sólo en el plano de las

³¹ *Ibidem*, p. 181.

ciencias sociales, sino también de los avances en el sector informático y tecnológico. En este campo se precisa de la ciencia, orientada cada vez más a objetos prácticos, a la formulación del desarrollo tecnológico y con éste la innovación. De igual manera, se precisa de la idea de la técnica asociada habitualmente “al hacer”, al conjunto de procedimientos operativos, útiles desde el punto de vista práctico para determinados fines.³²

El empresario moderno, en cualquiera de las ramas que opere, sea en el sector industrial, comercial, sea de intercambio de bienes o servicios, turismo, inmobiliario, entre otros, necesita de sistemas informáticos de gestión, de contabilidad y otros software auxiliares de apoyo que le permitan desarrollar su actividad de forma dinámica, eficiente y controlada. Resulta sumamente difícil encontrarse una compañía pública o privada, pequeña, mediana o grande, que no necesite utilizar en sus establecimientos principales (casa matriz) o secundarios y accesorios (sucursales, almacenes, puntos de ventas, talleres) equipos de cómputo.

Este equipamiento tecnológico es utilizado desde por una simple secretaria o recepcionista hasta por el director general o presidente de dicha compañía, y por regla general todos estos equipos se encuentran interconectados entre sí por redes informáticas, lo cual permite a varias personas visualizar de forma simultánea determinadas informaciones, comunicarse permanentemente en tiempo real y disponer de forma rápida y oportuna de datos que se generan en puntos distantes, a cientos e incluso miles de kilómetros, unos de otros.

La contratación jurídica actual debe apoyarse en programas informáticos que le permitan tanto el registro inicial y codificación uniforme de proveedores y clientes hasta el control detallado de la cantidad de contratos existentes; precisar cuáles de ellos se encuentran vencidos o vigentes; cuáles están suscritos con un determinado sujeto; cuáles están asociados a un determinado tipo de actividad u otra (compra o venta de bienes, prestación de servicios, interés tecnológico o bienes de consumo usuales, actividad constructiva, inmobiliaria, entre otras clasificaciones); cuál es la naturaleza y tipología jurídica de éstos (compraventa, suministro, arrendamiento, prestación de servicios, agencia, comisión, consignación, u otros); carácter del contrato (nacional o internacional); estado de las cuentas por cobrar o pagar; vejez de éstas según los plazos establecidos (30, 60, 90, 180, 270 o 360 días), entre otros vitales intereses del empresario.

En sede de la contratación mayorista, dada la variedad de sujetos que interactúan en el tráfico jurídico-mercantil cubano y los diferentes tratamientos que desde el punto de vista comercial hay que otorgarles a éstos según la normativa

³² NÚÑEZ JOVER, JORGE, *op. cit.*

vigente en la materia,³³ su clasificación se convierte en un tema de vital importancia. Por ejemplo, el tratamiento comercial que se otorga a empresas estatales no es el mismo que el que se otorga a sucursales de sociedades mercantiles extranjeras, instituciones religiosas o sociedades cubanas de capital mixto.

En virtud de ello, el empresario cubano que actúa como prestador del servicio requiere disponer de un sistema informático que clasifique a estos sujetos según la información que el operador del medio de cómputo introduzca en el ordenador, información que deberá extraer y consignar a partir del análisis de la documentación legal del referido sujeto interesado (resolución o escritura pública constitutiva, objeto empresarial o social autorizado, licencias bancarias o certificados comerciales específicos, nombramiento y facultades del representante, avales o referencias bancarias, entre otros).

A partir de este paso, el sistema informático deberá registrar al sujeto dentro de las clasificaciones preestablecidas (sociedad mercantil de capital cien por ciento cubano; sociedad mercantil de capital mixto; empresa estatal; unidad presupuestada; sucursal de sociedad mercantil extranjera; sociedad de capital ciento por ciento extranjero; contratos de asociación económica internacional, en cuyo caso se registra a una o ambas partes contratantes; sucursales de agencias de viajes; representaciones de líneas aéreas; instituciones financieras bancarias; empresarios individuales, u otros). El registro implicaría el otorgamiento de un código que debe ser reconocido por los establecimientos secundarios del empresario a nivel nacional y que determina el alcance de las posibilidades comerciales a realizar con dicho sujeto, especificar si se trata de un cliente o de un proveedor, si es nacional o extranjero, si la relación jurídica a entablar es nacional o de carácter internacional. El otorgamiento y visualización del código al sujeto interesado puede constituir un aviso de que se han cumplido los requisitos de control de identidad del sujeto, que se ha verificado su referencia financiera y comercial, y que en función de ello se pueden formalizar con éste las relaciones jurídico-comerciales.

Las interrelaciones entre los sistemas informáticos que apoyan la contratación jurídica pueden ser tales que incluso si el sistema que registra al sujeto como cliente o proveedor no otorga el código respectivo, el sistema contable encargado de la facturación puede estar programado para no funcionar, con lo cual se haría imposible la ejecución de la relación jurídica, según las normas y procedimientos internos establecidos por el empresario en cuestión. Asimismo, el sistema informático contable puede brindar información al área comercial sobre

³³ Véase Resolución 222 del 10 de junio de 2003 de la ministra del Comercio Interior, "Reglamento para las Actividades Comerciales y de Prestación de Servicios en el Mercado Interno".

el cumplimiento de las obligaciones de pago del tercero, y en caso de existir una mora en los pagos, ello le permitirá al acreedor adoptar una medida asegurativa oportuna en el orden extrajudicial o judicial. En este mismo sentido, estos programas pueden funcionar en un sistema nacional de intranet del respectivo empresario, lo cual le permitiría que se conociera la situación de un determinado sujeto a nivel nacional, con lo cual se evitarían acciones fraudulentas de sujetos incumplidores de deberes jurídicos que en no pocas ocasiones tratan de operar en territorios diferentes a aquellos en los cuales han incumplido sus obligaciones.

Esta misma interrelación puede lograrse en el ámbito internacional cuando se trata de empresarios cubanos que disponen de sociedades filiales u oficinas de representación en el exterior.

En nuestro país existen pocos empresarios que tienen diseñado y en aplicación un sistema informático completo y nacional, como el que hemos descrito precedentemente, que apoye la contratación jurídica para que este fenómeno social y económico sea más expedito, eficiente y controlado. Por regla general, existen sistemas informáticos que no ofrecen todas las posibilidades que se requieren, que no están interrelacionados con otros para ofrecer un auxilio integral y que no operan en tiempo real sobre bases nacionales de intranet. La inversión en este sentido no es un gasto, sino precisamente una inversión, y así debe interpretarse si queremos modernizar y dinamizar nuestra economía.

Por otra parte, algunos de los sistemas informáticos que se utilizan, aun en aquellas empresas cubanas privilegiadas que tienen un alto grado de informatización, no ofrecen todas las posibilidades que se necesitan de acuerdo con el alcance de la ley o con lo pactado por las partes en los contratos en algunos sentidos. Estos sistemas deben verse como herramientas auxiliares que permiten desplegar de manera más eficiente, rápida y controlada lo dispuesto en una norma *ex lege* o en una norma *ex contractus*. La norma jurídica, por un lado, o el contrato, por el otro, no son quienes deben subordinarse a las posibilidades de los sistemas informáticos, sino al revés.

A manera de ejemplo, apuntamos la insuficiencia que presentan hoy determinados sistemas informáticos contables que no permiten calcular de manera automática la cifra correspondiente a la penalidad por mora a aplicar a un determinado sujeto deudor, según lo dispuesto por el Banco Central de Cuba (bcc) al efecto.³⁴ Según el último Acuerdo dictado por el Comité de Política Monetaria del bcc (Acuerdo No. 41, de fecha 9 de mayo de 2008), la aplicación de la penalidad en estos casos no es una cuestión meramente dispositiva sino imperativa,

³⁴ Acuerdos que se dictan por el Comité de Política Monetaria del Banco Central de Cuba, que dispone las tasas de interés máximas para créditos comerciales y las tasas de interés por mora.

por lo que se hace necesario que los software que se diseñen o se adquieran incluyan esta posibilidad. Hasta el presente todo parece indicar que los empresarios tendrán que hacer estos cálculos en facturas confeccionadas fuera de los sistemas informáticos contables, lo cual también es considerado una violación en el orden contable.

En otro orden, y a modo de ejemplo, apuntamos la contradicción existente entre las posibilidades comerciales y financieras que otorga el contrato de consignación para los consignatarios cubanos (empresas importadoras), y la negación o eliminación de estas ventajas por parte de sistemas contables existentes.

Los elementos caracterizadores del contrato de consignación actual permiten que el consignatario coloque la mercancía en consignación en puntos de venta mayoristas o minoristas, y que hasta que éstas no sean realizadas en estos lugares, mediante su venta a un cliente final, no se realice el pago por ellas al consignador o proveedor extranjero. De esta manera, el consignatario se beneficia desde el momento en que no tiene que pagar por una mercancía hasta que no realice la venta, lo cual constituye un crédito comercial a su gestión, mas el hecho de que se trata de una mercancía cuya propiedad conserva el consignador mientras no sea realizada, por lo cual el consignatario no tiene que registrar en sus inventarios dicha mercancía, le evita una inmovilización de recursos, representando todo ello una ventaja en el orden financiero.

Sin embargo, los sistemas contables actuales de algunos de nuestros empresarios no permiten el despliegue de estas ventajas, pues están diseñados para considerar la consignación sólo hasta el primer almacén del consignatario. Al producirse la salida de la mercancía de este almacén para los puntos de venta, el sistema contable considera que se ha hecho una venta y obliga a pagar la mercancía al consignador extranjero aun y cuando la mercancía no ha sido todavía adquirida por el cliente final. Este proceder, además de obligar a pagar de forma adelantada a lo pactado, con lo cual se pierde el crédito comercial otorgado por el proveedor extranjero, es una interpretación errónea desde el punto de vista contable de lo que es una compraventa, porque la salida de una mercancía del almacén inicial del empresario para un punto de venta, también de ese propio empresario, no es una compraventa, porque son establecimientos accesorios de la misma persona jurídica; en este caso ha habido un simple movimiento de mercancías de un establecimiento a otro, y no ha existido jurídicamente una compraventa.

Estas contradicciones presentes hoy entre lo legal y lo contable se han instalado en nuestras empresas a partir de la infravaloración de la importancia del asesoramiento jurídico y de la ignorancia de la siguiente regla: el acto jurídico

es el que determina el hecho económico que posteriormente será contablemente registrado. En la exacerbación de la importancia de la contabilidad (la cual también durante muchos años estuvo erróneamente olvidada o disminuida) se ha obviado que lo legal y lo contable deben ir de la mano; no son pocos los hechos económicos que se registran anticipada o inadecuadamente, sin encontrar el sustento o fundamento legal de ellos. En este aspecto también juega un papel fundamental la tecnología, pues ésta debe ser capaz de entender, asimilar y proyectar de manera correcta, automática y eficiente los principios de la ciencia del derecho y de las ciencias económicas y contables, pues sólo así se garantizará un adecuado control y rendimiento de los recursos humanos y materiales que hoy están a disposición de empresarios públicos y privados, sociales e individuales.

5. A manera de conclusión

Para disponer de un sistema de contratación nacional coherente, actualizado y completo que ofrezca una mayor seguridad jurídica y coadyuve a una superior disciplina y control en beneficio de la sociedad, en el orden jurídico-social, previamente debemos garantizar lo siguiente:

- 1) Promulgar una legislación con rango de ley o de decreto ley que elimine o armonice la triple y contradictoria regulación (civil, económica y mercantil) de la parte general y especial de los contratos. La cual, a su vez, sistematice de acuerdo con las características de nuestra economía y sociedad las mejores técnicas y principios esbozados por legislaciones contemporáneas de otros países, así como aquellos modelos producidos por centros académicos internacionales, incorporando contratos en especie, esencialmente de colaboración y asociativos, hoy ausentes en nuestra norma positiva.
- 2) Incorporar a nuestra base regulatoria, en sede de contratación, los siguientes deberes jurídicos inspirados en los principios generales de los contratos:

- a) Los deberes que deben observar las partes contratantes en los tratos o negociaciones preliminares de los contratos, so pena de incurrir en una responsabilidad precontractual, instituto que también debe ser regulado exhaustivamente, incluyendo el contenido y alcance de la reparación de los daños e indemnización de los perjuicios en estos casos.
- b) En relación con el deber jurídico de guardar la debida confidencialidad de los pactos establecidos, regular los elementos sustantivos a tener en cuenta para la reparación del daño causado por violación de este deber,

- que son la compensación al afectado en proporción al daño y en proporción al beneficio del trasgresor.
- c) Regular debidamente el deber de evitar las cláusulas abusivas, incluyendo los elementos que permitan identificar una cláusula de este tipo, y establecer una necesaria clasificación de los tipos de cláusulas abusivas que reconoce la doctrina, como las cláusulas de desequilibrio contractual y las cláusulas de desequilibrio procesal.
 - d) Reconocer las técnicas modernas para la interpretación de los contratos, incluyendo aspectos tales como: la intención común de las partes, circunstancias relevantes, interpretación dando efecto a todas las disposiciones, la interpretación contra *proferentem*, la integración del contrato y la interpretación auténtica del contrato.
 - e) Establecer un precepto que regule concretamente la obligatoriedad del contrato. El artículo 310 del Código Civil cubano parece ser la mejor opción para incorporar la idea de la obligatoriedad del contrato. En efecto, si a la redacción actual: “El contrato se perfecciona desde que las partes, recíprocamente y de modo concordante, manifiestan su voluntad”, adicionamos “[...] y desde ese momento tiene carácter obligatorio el cumplimiento de lo pactado”, logramos positivizar en nuestro ordenamiento jurídico la obligatoriedad del contrato.
- 3) La tecnología informática utilizada en apoyo a la contratación jurídica debe cumplir los siguientes presupuestos:
- a) Los programas informáticos deben confeccionarse sobre la base de ofrecer todas las posibilidades previstas por las partes en un contrato o en la ley, siguiendo el principio de que es un medio auxiliar de apoyo, no de limitaciones ni de modificación de los conceptos y la naturaleza de las instituciones jurídicas.
 - b) Los diferentes sistemas que pueden apoyar la contratación deben lograr un alto grado de interrelación que permita disponer de datos e informaciones de manera veraz y oportuna.
 - c) Los sistemas deben tener la posibilidad de efectuar su aplicación de manera nacional o internacional en tiempo real, a través de redes informáticas internas, propiedad de los respectivos empresarios. ■

Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?*

About the right to life and sexual and reproductive rights: harmonious configuration or struggle of opposites?

Caridad del Carmen Valdés Díaz**

RESUMEN

No deben enfrentarse el derecho en potencia que posee el concebido a la vida, con los derechos sexuales y reproductivos que poseen todas las personas, si bien estos últimos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque tienen un límite natural que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos. Se valoran las implicaciones sociales y familiares del aborto y se concluye que si bien la interrupción voluntaria del embarazo no es una práctica deseable, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales, a veces mediatizados por intereses espurios, mediante normas jurídicas, sino coadyuvar al establecimiento de reglas que garanticen la convivencia pacífica y el bien de todos, configurando armónicamente los derechos y no enfrentándolos.

PALABRAS CLAVE: *Personalidad, vida, sexualidad, reproducción.*

ABSTRACT

This text assesses social and familiar implications of abortion, and it concludes that although voluntary interruption of pregnancy is not a desirable practice, law must not impose coactively moral criteria, sometimes influenced by miserly interests, through legal standards; but contribute to the establishment of rules that guarantee the peaceful coexistence and the good of all, forming harmonically the rights.

KEY WORDS: *Personality, life, sexuality, reproduction.*

* Recibido: 13 de diciembre de 2011. Aceptado: 17 de enero de 2012.

** Profesora de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba (*cary@uh.cu*).

Sumario

1. El derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad
 - A) ¿Cuándo debe reconocerse la personalidad y los derechos inherentes a ella?
 - B) ¿Cuándo debe comenzar la protección jurídica a la vida humana?
2. Los derechos sexuales y reproductivos
 - A) ¿Existe un derecho a decidir libremente la maternidad?
 - B) El aborto: la otra cara de la moneda
3. Consideraciones finales

1. El derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad

Los derechos inherentes a la personalidad ocupan, o deben ocupar, el más destacado lugar dentro del derecho civil, toda vez que éste concibe como realidad primaria respecto a la cual irradian sus normas a la persona misma, al ser humano jurídicamente considerado, provisto de atributos y cualidades intrínsecas que lo dignifican y lo colocan en el plano más alto del conglomerado social en el que se desenvuelve. La personalidad misma constituiría categoría abstracta y mutilada en lo esencial si sólo se apreciara como aptitud para la titularidad de derechos y deberes que se incardinan únicamente al tráfico jurídico en sede patrimonial, económica, desdeñando toda la riqueza que encierra el propio ser y los bienes que le resultan más preciados en el ámbito espiritual o moral. Así, la personalidad entendida en toda su dimensión deberá estar acompañada de derechos que le son inherentes, que garantizan al ser humano el goce de sus bienes personales, haciendo valer su dignidad como tal. Tales derechos, como acertadamente puntualiza ROGEL VIDE, constituyen “[...] unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativa no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado”.¹

217

Si bien desde el derecho romano se reconoció a la persona una llamada *potestate in se ipsum* que le permitía una cierta autonomía sobre sí misma, tomando en cuenta su posición tanto social como familiar, y se reguló la *actio iniuriarum* para que fuera ejercitada frente a cualquier acto que lesionara física

¹ ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 26.

o moralmente a la persona misma,² los derechos inherentes a la personalidad sólo quedan configurados como verdaderos y propios derechos subjetivos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Tributan en gran medida a perfilarlos las obras de Santo Tomás DE AQUINO desde su cátedra parisina de derecho canónico, aunque la noción de derechos inherentes a la personalidad, como también explica ROGEL VIDE, es de origen germánico, introduciéndose en Francia a través de la obra del suizo ROGUIN, titulada *Las reglas jurídicas*, publicada en 1889 en Lausana, y se consolida, después, en ese país por mediación de autores como BOISTEL —*Filosofía del derecho*, 1889—, PERREAU —*Los derechos de la personalidad*, 1909— y NERSON —*Los derechos extrapatrimoniales*, tesis leída y publicada en Lyon en 1939—. En Alemania, sin olvidar a PUCHTA y a WINDSCHEID, parecen ser KOHLER y GIERKE los autores que rompen sus lanzas a favor del reconocimiento de derechos de la personalidad o derechos sobre la propia persona. En Italia, se ocupan de tales derechos, también a finales del siglo XIX, CAMPOGRANDE, CHIRONI y, sobre todo, FADDA y BENSÀ. En España, los civilistas del siglo XIX no se ocuparon del tema de los derechos de la personalidad. Incluso parecía verse la categoría con cierta desconfianza. Bien iniciada ya la primera mitad del siglo XX es que aparecen los primeros autores civilistas que se ocupan, siquiera sea sucintamente, de los bienes y derechos de la personalidad; en primer lugar VALVERDE, en segundo término SÁNCHEZ ROMÁN, y luego, sobre todo, Clemente DE DIEGO. Pero no es hasta 1952 que aparece allí, con la obra de CASTÁN TOBEÑAS, una visión moderna y acabada de los derechos de la personalidad. No obstante, concluye ROGEL VIDE que, por encima de los avatares históricos y de los emplazamientos fluctuantes dentro de la disciplina, una cosa es cierta: el tema de los bienes y derechos de la personalidad es tema de derecho civil que implica tensión entre particulares, y ello lo distingue de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.³

Tradicionalmente se deslindaba la diferencia entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad tomando en cuenta frente a quién se ejercitaban. El sujeto pasivo de los derechos fundamentales lo era el Estado, que no puede violar una esfera reservada a la persona y debe respetarla, procurando su fortalecimiento y actuación. Si el derecho de la persona, reconocido en la ley fundamental, era desconocido o lesionado por los poderes públicos, se entendía que era violado un derecho fundamental. Los derechos inherentes a la personalidad,

² Toda *iniuria*, según ULPIANO, o bien se hace al cuerpo o atenta contra la dignidad y contra la fama. Se hace al cuerpo cuando se golpea a alguien; atenta contra la dignidad cuando se quita el acompañante a una señora, y contra la fama cuando se ataca al pudor. *Cit. pos.* GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 29.

³ ROGEL VIDE, C. "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", en *Estudios de derecho civil. Persona y familia*, Reus, Madrid, 2008, pp. 19-21.

por su parte, se esgrimen frente a los particulares, frente a todas las personas que están ubicadas en una situación jurídica de deber con respecto a cada titular de aquéllos.

Esta noción clásica no se mantiene incólume, pues hoy se entiende que los derechos fundamentales tienen también eficacia horizontal, pudiendo quedar obligados por ellos no únicamente el Estado, sino además los particulares.⁴ No obstante, los derechos fundamentales enuncian clásicamente una relación individuo-Estado y pertenecen al ámbito del derecho público, que pone su acento en la fundamentación ética, filosófica y política de las prerrogativas reconocidas al individuo, mientras que los derechos de la personalidad se mueven en el ámbito de las relaciones interpersonales y se resguardan mediante mecanismos propios del derecho civil, esto es, mediante la exigencia de responsabilidad jurídica civil cuando tales derechos sufren una intromisión ilegítima o cualquier menoscabo, ya sea una afectación con incidencia económica o puramente moral.

BELTRÁN DE HEREDIA⁵ distingue los derechos del hombre, fundamentales cuando integran el elenco constitucional, entendiéndolos que marcan relaciones de derecho público que protegen derechos esenciales del individuo contra el arbitrio del Estado, mientras que los derechos de la personalidad, aun teniendo ese mismo carácter, son tomados desde el ángulo del derecho privado, como relaciones entre particulares. Se trata de defender estos derechos no contra la acción de la autoridad, sino contra los atentados de nuestros semejantes. Se trata, en definitiva, como apunta ROGEL VIDE,⁶ de derechos que tienen similar objeto, pero con orígenes históricos diversos, con emplazamientos diferenciados dentro del derecho como sistema, que se mueven en ámbitos no exactamente coincidentes y que se protegen desde perspectivas distintas. En sentido similar se pronuncia RAPA ÁLVAREZ⁷ al referirse al tratamiento de los derechos inherentes a la personalidad en nuestro Código Civil, señalando que se han instituido para proteger los mismos intereses en que se fundamentan las libertades públicas, pero en sede de relaciones entre sujetos que actúan en plano de igualdad, no entre sus titulares y las entidades públicas como el Estado, pues de éstas se ocupan otras ramas de la legislación como la constitucional o la penal.

Vale destacar, no obstante, que no se trata de conceptos excluyentes ni existe entre ellos una absoluta y tajante delimitación, cual si pertenecieran a

⁴ Vid. DE DOMINGO PÉREZ, T. "El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, No. 1, julio de 2006, pp. 291-301.

⁵ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, P. *Construcción jurídica de los derechos inherentes a la personalidad*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 90.

⁶ Vid. ROGEL VIDE, C. "Origen y actualidad...", *op. cit.*, pp. 22-24.

⁷ RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, UNIC, La Habana, año VI, No. 19, abril-junio de 1988, p. 136.

compartimentos estancos incommunicables. Se trata de derechos entre los cuales debe fluir una constante interconexión, una recíproca influencia, por cuanto ambos pretenden proteger los bienes supremos del hombre. Los derechos de la personalidad constituyen materia indudablemente civil, a través de la cual se les ofrece una defensa adecuada a su función y se les provee de medios sancionadores si resultaran objeto de lesión por otras personas naturales o jurídicas, ubicadas en un plano de igualdad. Empero, ello no implica que desmerezcan una tutela constitucional, en tanto derechos esenciales para el desarrollo pleno de la personalidad humana. Así, la remisión al texto constitucional no es errática *per se*; puede ser apropiada si allí se acotan tales derechos y si a través de él afloran pautas para la hermenéutica general de otros preceptos de menor jerarquía, tomando en cuenta el sistema axiológico que lo informa, conformado no sólo por los valores⁸ o enunciados teleológicos que cada sociedad en un momento histórico determinado tiende a proteger y preservar, sino además por la vinculación armónica del conjunto de sus fines, principios, derechos y los bienes jurídicos existentes dentro del orden constitucional.

En nuestros días, es comúnmente aceptada la importancia de los derechos inherentes a la personalidad y su pertenencia al derecho civil, lo que no desdice que también sean tratados desde otra óptica por el derecho público, que además tiene el mérito de haber iniciado su protección y garantía al proclamar el respeto a la persona, sus derechos y libertades. Son considerados derechos que producen eficacia general o *erga omnes*, pues generan en todos los demás un deber de respeto a la persona y sus atributos. Advierten Díez-Picazo y Gullón, siguiendo a Giampiccolo, que hoy los derechos de la personalidad se van tipificando en los ordenamientos jurídicos, si bien ello no agota necesariamente todos los aspectos que concurren en aquélla, debiendo alcanzar su protección a todas las legítimas expectativas de respeto que el hombre puede esperar en relación con el tiempo en que vive, con las razonables limitaciones que conlleva la convivencia humana y con las restricciones que exige el interés colectivo.⁹

Dentro de los derechos inherentes a la personalidad, ocupa un lugar especial el *derecho a la vida*, indudablemente el bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás derechos. Su contenido se refiere a la preservación y disposición de la propia vida, así como el respeto a la vida de los demás seres humanos. Albaladejo¹⁰ lo define como:

⁸ Para un estudio más detallado de la teoría de los valores en el derecho constitucional cubano, que desborda los objetivos de estos comentarios, *vid.* VILLABELLA ARMENGOL, C. "La axiología de los derechos humanos en Cuba", en *Temas de derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 291-300.

⁹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de derecho civil*, 8a. ed., Tecnos, Madrid, 1994, vol. I, p. 338.

¹⁰ ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil*, t. I: *Introducción y derecho de la persona*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 501.

Derecho básico de la personalidad [...] que corresponde a cada hombre respecto a la suya. En virtud del mismo, éste se encuentra facultado para impedir (aunque *de facto* no siempre lo consiga) no sólo la producción de los hechos que, sin duda, le producirían la pérdida de aquélla, sino, también, la de los que le pondrían en determinado peligro especialmente próximo de tal pérdida.

En cuanto al primer aspecto, contenido positivo del derecho, se entiende garantizado con el derecho a la subsistencia y a la salud; opera como causa de justificación de los actos dirigidos a preservar o salvar la vida, que pueden constituir legítima defensa o estado de necesidad, considerados eximentes de responsabilidad tanto penal como civil. Se puede arriesgar o poner en peligro la propia vida, sobre todo cuando la causa del riesgo se encuentra en fines altruistas, patrióticos o religiosos, pero si se hace como efecto de un contrato que obliga a realizar prestaciones que llevan implícito ese riesgo, entran en juego los límites de la autonomía de la voluntad para contratar a fin de decidir en cada caso si el contrato debe considerarse o no válido.¹¹

El derecho a la vida se traduce también en un poder de disposición que la persona ejerce sobre su propia existencia, aunque no sea de forma total, pues su formulación en tales términos legitimaría el suicidio y el consentimiento prestado al homicidio cometido por otro, conductas que son rechazadas por la moral y la ética, así como por la mayoría de las legislaciones modernas.¹² La libertad en este sentido debe tener determinados límites, pues el hombre, como titular de la vida, no es únicamente un ser biológico, su vida no posee un valor puramente individual, sino también familiar y social, no sólo en el orden material sino también afectivo, filosófico y espiritual. Se admite, sin embargo, que el derecho se ejercite para decidir rehusar tratamientos médicos o para ponerles fin, aunque ello previsiblemente conduzca a la muerte, pero si tal situación involucra a otras personas pueden considerarse conductas relacionadas con la eutanasia, práctica generalmente rechazada por los ordenamientos jurídicos.¹³

¹¹ Nuestro Código Civil no se pronuncia en este sentido, pero las legislaciones extranjeras que se han ocupado de estos supuestos consideran que son inexigibles las obligaciones derivadas de contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de la persona, de manera que, aun siendo el contrato válido, no existe acción de cumplimiento por parte del acreedor.

¹² Sin embargo, debe quedar claro que la posición del derecho frente a las conductas antes mencionadas no tiene en ambos casos el mismo fundamento. No es el derecho de la persona a disponer de su vida, a decidir cuándo y cómo poner fin a su existencia, lo que conlleva a la erradicación del suicidio como tipo penal, sino lo absurdo que sería aplicar una pena como castigo a una conducta infractora que produce como consecuencia la extinción del propio sujeto y de su personalidad jurídica. Inducir o cooperar al suicidio de otro, por el contrario, aun admitiendo que sólo la vida libremente deseada por su titular pueda merecer el calificativo de bien jurídico protegido, es algo que sí debe considerarse delito y como tal ser penado.

¹³ Holanda, Australia y algunos estados norteamericanos aceptan abiertamente la práctica médica de la eutanasia sin que se penalice, mientras en Francia, España y otros Estados europeos se reconoce como delito contra la vida

Así, con el suicidio no se configura un delito,¹⁴ pero el hecho de que no esté penalizado tampoco quiere decir que constituya un derecho, pues un tercero puede evitar que se cometa tal acción. Empero, sí constituye delito el auxiliar o inducir a otro al suicidio,¹⁵ pues con dicho actuar se contribuye efectivamente a quitarle la vida a otra persona.¹⁶ Es en este aspecto donde se inserta la eutanasia,¹⁷ que puede constituir una forma de auxilio al suicidio.

En cuanto al contenido negativo o de exclusión de este derecho, existe un deber general de respeto a la vida de los demás. Cuando se arriesga indebidamente la vida de otro, ello puede generar obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Si ese riesgo es resultado de la actividad médica, ya sea por intervenciones quirúrgicas, ensayos clínicos u otros procedimientos, debe partirse del consentimiento informado, respetando los derechos de la persona y los postulados éticos que afecten la actuación biomédica. En el caso específico del trasplante de órganos *inter vivos*, una persona sana es la que se somete a la cirugía, poniendo en riesgo su propia vida. Puede suceder, incluso, que la intervención quirúrgica resulte exitosa, pero con el transcurso del tiempo la persona que dio su órgano, por ejemplo un riñón, sufra serios problemas de salud. Esta acción, sin embargo, se justifica precisamente por el carácter altruista que tiene. No obstante, la información que brinde el médico tiene que ser más refinada y clara. Sólo si la persona que está dispuesta a dar sus órganos entiende perfectamen-

humana independiente, con una pena muy reducida. En América Latina, Uruguay, Venezuela y Colombia son los países que con mayor celeridad han incorporado a sus legislaciones preceptos que pueden identificarse en alguna medida con la eutanasia. En Cuba no están legalizadas las conductas eutanásicas.

¹⁴ "Las razones para discriminar al suicidio como constitutivo de delito son: a) al morir queda sin sujeto la pena, y las medidas que se tomaban sobre el cadáver (horca, mutilación, sepultura vergonzosa, etcétera) acusan un primitivismo hoy inaceptable; b) es imposible, además, la comisión de un delito contra sí mismo; c) como acción preventiva no tiene éxito, pues de pensarse la tentativa de suicidio, el suicida perfeccionaría los medios para no quedar con vida, ya que de lo contrario podrá tener que soportar, además de decepción vital, una grave sanción; d) la pena sobre el patrimonio relicto, los testamentos, etcétera, harían pagar a justos por pecadores, ya que nada tienen que ver los parientes con la acción suicida, y e) difícilmente puede asegurarse que el suicida estaba en su sano juicio, sospechándose con la muerte provocada un desequilibrio posible". CIFUENTES, SANTOS. *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 62.

¹⁵ Código Penal cubano, artículo 266: "El que preste auxilio o induzca a otro al suicidio, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años".

¹⁶ ALBALADEJO, MANUEL. *op. cit.*, p. 501.

¹⁷ La eutanasia puede ser clasificada de distintas formas. Según el *Glosario de bioética*, "el uso contemporáneo del término suele ser ambiguo, y los calificativos se utilizan para hacer más claro el sentido que se pretende. Así, eutanasia 'activa' se refiere al asesinato directo de un paciente y, como es típico, difiere de la eutanasia 'pasiva', que supone la renuncia a tecnologías médicas con el fin de permitir que el proceso subyacente siga su curso natural. La eutanasia 'voluntaria' (ya sea activa o pasiva) significa que la acción se emprende por orden del paciente, y debería ser diferenciada de la eutanasia 'no voluntaria', en la que el paciente no ha hecho tal exigencia o es incapaz de hacerla, y la eutanasia 'involuntaria', en la cual la acción se realiza en contra de los deseos del paciente. Eutanasia 'exterior' es la terminación directa de la vida, eutanasia 'interior' es la preparación espiritual para la muerte". TORRES ACOSTA, RAFAEL. *Glosario de bioética*, Félix Varela, La Habana, 2001.

te las consecuencias de su actuar, podrá emitir un consentimiento informado verdadero. Es por ello, también, que los psicólogos forman parte del proceso de información, para verificar que realmente estas personas estén conscientes de las implicaciones del acto que van a realizar.¹⁸

Si efectivamente se priva de la vida a otra persona se configuran los delitos de homicidio o asesinato, tipificados y sancionados con severidad en los códigos penales, amén de la responsabilidad civil que tales delitos pueden acarrear. La sanción penal, empero, resulta insuficiente como garantía para la protección de los derechos inherentes a la personalidad, pues normalmente se encamina a castigar al vulnerador por la peligrosidad social de su conducta, sin que cuente con los medios necesarios para evitar la intromisión o lesión en concreto ni para asegurar la recuperación y el disfrute de los derechos por parte del afectado; de ahí la importancia de la protección civil como proveedora del resarcimiento o indemnización que correspondan en cada caso. Al decir de HUALDE SÁNCHEZ,¹⁹ la insuficiencia de la protección a esos derechos desde el ámbito público, que sólo se daba, por un lado, frente a los ataques más graves, los delitos penales, y, por otro, únicamente frente a la actuación del Estado, es lo que ha provocado que la protección de la persona haya sido desarrollada desde la perspectiva y con la técnica del derecho civil, amparando a aquélla frente a las agresiones de sus iguales y regulando remedios al mismo nivel por el cauce de los derechos de la personalidad.

A) ¿Cuándo debe reconocerse la personalidad y los derechos inherentes a ella?

No existen enconadas discusiones en la actualidad en torno al reconocimiento de la personalidad y los derechos inherentes a ella, pero sí es ardua la polémica acerca del momento a partir del cuál debe materializarse en las normas jurídicas ese reconocimiento. Se ha pretendido dar respuesta a esta inquietud desde diferentes posiciones doctrinales, que han dado lugar a variadas teorías,²⁰ desde el

¹⁸ El riesgo se disminuye, también, en la medida que se imponen límites a los tipos de órganos, tejidos y células que pueden ser dados y por la determinación de las condiciones clínicas en las que se puede proceder a la ablación de éstos. Los órganos únicos y que no pueden regenerarse bajo ningún concepto pueden ser objeto de ablación. En ese caso, más que poner en riesgo la vida se estaría cometiendo un homicidio, ya que la persona sin ese órgano no puede seguir con vida, siendo el ejemplo más significativo el del corazón.

¹⁹ Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. J. "Los derechos de la personalidad", en PUIG FERRIOL, L. *et al.*, *Manual de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, p. 332.

²⁰ Vid. CLEMENTE DÍAZ, T. *Derecho civil. Parte general*, ENPES, U.H., La Habana, 1983, t. I, Primera Parte, pp. 202-207. Destacan la teoría de la concepción, la teoría del nacimiento, la teoría de la viabilidad, y la teoría ecléctica, que mezcla

derecho romano hasta nuestros días. No ha sido pacífica la cuestión en ningún tiempo, arreciada la confrontación en la actualidad, producto de la irrupción y despliegue de técnicas de reproducción humana asistida y otros adelantos científicos que permiten estudiar, experimentar y realizar múltiples procederes en el producto de la concepción, ya sea éste resultado del natural acoplamiento de hombre y mujer, o se haya obtenido con intervención médica en la procreación, dentro o fuera del útero femenino.

El artículo 24 del Código Civil cubano establece el reconocimiento de la personalidad a toda persona, destacando que comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte; luego, el artículo 25 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 hay una mixtura en la 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 al hacer que queden en situación de pendencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta en tanto llegue o no a ser persona y a tener personalidad.²¹

A mi juicio, si se reconoce personalidad al individuo, automáticamente estamos dando por sentada la existencia de los derechos que le son inherentes. Ellos constituyen, en definitiva, la expresión en el orden civil del reconocimiento de la dignidad humana. Siguiendo tal orientación de pensamiento, afirma LARENZ: “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es persona en sentido ético, un valor en sí mismo —no simplemente como medio para los fines de otro—, y en este sentido, una dignidad”.²² A través del genérico reconocimiento de la personalidad que hace nuestra principal ley civil, pueden entenderse acogidos *ex lege* tales derechos a partir del nacimiento con vida de la persona.²³

elementos de las anteriores. Esta última es la teoría más acogida por las legislaciones modernas, especialmente a partir de la codificación decimonónica.

²¹ Vale precisar que, en el caso de la persona natural o física, el nacimiento con vida determina el surgimiento de la personalidad; no es necesaria la inscripción en registro alguno para que se reconozca su comienzo. Normalmente, el nacimiento de la persona se inscribe en la sección correspondiente del Registro del Estado Civil, pero se trata en todo caso de una inscripción con efectos declarativos, no constitutivos, pues la persona existe, dotada de su atributo o cualidad esencial en el orden jurídico, esto es, la personalidad, desde la separación natural o artificial del claustro materno. Las copias de la inscripción expedidas por el registrador harán prueba de su existencia y acreditarán, convenientemente, su estado civil en cada una de las modalidades establecidas por la doctrina: individual o personal, familiar y político o de ciudadanía, pero en ningún caso tal estado civil incidirá en su condición de persona con personalidad.

²² *Cit. pos* GHERSI, C. A. *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 115. Sin embargo, aunque los derechos de la personalidad dimanen de aquélla y están intrínsecamente conectados con su existencia, conviene regularlos separadamente para una cabal comprensión de su contenido y una mejor garantía de su adecuada protección.

²³ El Código Civil cubano omite a las relaciones personales puras en el enunciado de su objeto que hace en el

Ésta puede ser una vía de reconocimiento indirecto para aquellos casos, como el de nuestro Código y muchos otros decimonónicos, que no hacen referencia expresa a ellos, toda vez que reconocer la personalidad implica automáticamente reconocer los derechos inherentes a ella, de los que no puede desligarse. Los principios generales del derecho pueden servir también de pivote para la exigencia de respeto y el cese de toda perturbación, en su condición de informadores de la vida jurídica de la comunidad.²⁴

De lo dicho se deduce que, de acuerdo con la preceptiva del Código Civil cubano, si la personalidad se reconoce a partir del nacimiento con vida, también a partir de ese momento es que emergen a la palestra jurídica los derechos inherentes a ella, aunque se proteja la figura del concebido en cuanto a los efectos que le resulten favorables.

b) ¿Cuándo debe comenzar la protección jurídica a la vida humana?

La vida humana es valiosa *per se*, desde sus orígenes y hasta su conclusión, sin aditamentos o requisitos necesarios para que constituya el más preciado bien jurídico. La dignidad humana, como término ontológico, es el fundamento esencial y legitimador de la protección que el derecho dispensa a todas las personas, incluso durante la etapa anterior al nacimiento.

La protección al concebido no nacido tiene orígenes romanos, pero con un basamento más patrimonial que personal, pues se estableció para evitar las rigurosas consecuencias que podía acarrear en el orden sucesorio considerar estrictamente el momento del nacimiento como el que marca el surgimiento de la aptitud para adquirir derechos y deberes,²⁵ lo cual no significaba que al nacerlo

primer precepto y en el artículo 38, único referido a esta cuestión; tampoco enumera los derechos inherentes a la personalidad que protege, contentándose con una remisión a los "consagrados en la Constitución". Su posible regulación, en catálogo más o menos amplio, estuvo presente en varios anteproyectos (versiones de 1979 y de 1985) sin que definitivamente quedaran incluidos, desconociéndose la *ratio legislatoris* de su exclusión final, en un momento por demás caracterizado por su resurgir en la civilística internacional, estando incluso regulados en varios códigos civiles del entonces campo socialista, como el ruso y el checoslovaco.

²⁴ Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *op. cit.*, p. 338. Apuntan estos reconocidos autores la eficacia de tal recurso seguido por el Tribunal Supremo español en la famosa sentencia del 6 de diciembre de 1912, que tuvo enorme influencia en otras posteriores sobre igual tema, permitiendo acordar la protección del honor con base en tales principios, señalando además que, del mismo modo, en Alemania Federal el Tribunal Supremo fue completando la insuficiencia del Código Civil en esta temática mediante un desenvolvimiento progresivo de los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental, que declaran, respectivamente, intangible la dignidad del hombre y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

²⁵ Pensemos, por ejemplo, en los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna. Si aquél estaba concebido cuando muere el progenitor, no podría heredarle al nacer posteriormente, porque uno de los requisitos de la sucesión *mortis causa* es la supervivencia del heredero al causante. Es precisamente este supuesto del hijo póstumo el que ha

se le considerara persona, y mucho menos que estuviera dotado de personalidad. De manera clara y terminante destacó PAPINIANO que “el parto que aún no ha sido dado a luz, no se dice con razón que sea un hombre”, y hasta tanto no se produzca el alumbramiento “él es parte de la mujer y de sus entrañas”.²⁶ No obstante, la ficción de tener al concebido por nacido también alcanzaba aspectos personales, pues se estableció una serie de normas tendente a garantizar que el nacimiento se produjera en su oportunidad.²⁷

La máxima romana de considerar al concebido como nacido para los efectos que le resultaran favorables se recepcionó por el derecho canónico y pasó también a las legislaciones posteriores, alcanzando a la codificación decimonónica. En el *Code Napoléon* de 1804 está presente tal regla y pasa de igual forma a todos los códigos europeos y americanos que reciben su influencia, incluyendo el Código Civil español, vigente en Cuba durante casi un siglo. Los códigos civiles de segunda generación también repiten la fórmula, manteniendo de modo casi unánime la protección al concebido.²⁸ Es innegable la actualidad de la regla, el *nasciturus* debe continuar siendo protegido por el derecho, toda vez que será, ocurrido el nacimiento con vida, el sujeto por excelencia de las normas jurídicas que organizan la convivencia social. Empero, la equiparación que establece nuestro Código Civil entre el concebido y el nacido no es total, es solamente parcial en cuanto a los efectos que le sean favorables, y además sometida a una *conditio iuris*, pues sólo tendrá lugar si nace vivo, según dispone el propio artículo 25, *in fine*.²⁹

dado lugar a la formulación de la regla general de protección al concebido y no nacido. Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 227.

²⁶ *Cit. pos.* DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E. *Derecho romano*, ENPES, La Habana, 1987, t. I, Segunda Parte, p. 7.

²⁷ Así, se prohibía el aborto, considerado delito tanto si se producía por la propia mujer en gestación como si era causado por otra persona; si la mujer en gestación avanzada fallecía, se ordenaba la práctica de la cesárea para extraer con vida al hijo del claustro materno; se posponía la ejecución de la mujer gravida hasta después del alumbramiento para proteger la vida del nuevo ser. Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E. *op. cit.*, pp. 8-10.

²⁸ Así, el vigente Código italiano repite la regla de su predecesor de 1916, aunque refiriéndose no a la personalidad sino a la capacidad jurídica, señalando en su artículo 1 que “*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinate all'evento della nascita*”. El Código Civil portugués de 1966, por su parte, dispone en su artículo 66: “*1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os directos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*”. El Código Civil brasileño de 2002, en su artículo 2, establece: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Vid. MORAES MELLO, C. y ARAÚJO ESTEVES FRAGA, T. *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito Comparado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2003, pp. 5-7. En todos los anteproyectos del actual Código Civil cubano estuvo presente la protección al concebido, quedando recogido finalmente como aparece estipulado en el artículo 25.

²⁹ Además, alcanza sólo a los ya concebidos, no a los *nondum conceptos* o *concepturus*, que escapan a la protección dispensada por el precepto, aunque la doctrina admite que se les puedan reservar derechos por vías más o menos indirectas, como la donación con cláusula de reversión a favor de un tercero o el nombramiento de heredero utilizando la técnica de la sustitución fideicomisaria, retrasando el momento de la atribución hasta el momento en que el no concebido haya nacido. Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. *op. cit.*, p. 123.

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.

Amén de otros efectos favorables al concebido en la esfera no patrimonial, un aspecto particularmente polémico es el relativo al derecho a la vida. Las posiciones doctrinales y las soluciones legislativas son diversas, si bien es apreciable la tendencia a favorecer la vida humana, sobre todo a instancias de concepciones éticas y religiosas, que han encontrado cabida en algunos códigos civiles, como el argentino, que postula en su artículo 70 el comienzo de la existencia de la persona natural desde la concepción, aun cuando la propia ley señala que esa existencia está condicionada al hecho cierto del nacimiento con vida, pues si el concebido muriese antes de estar completamente separado del claustro materno se considerará como si nunca hubiese existido, a tenor de lo dispuesto por el artículo 74.³⁰

Señala CASTIELLA RODRÍGUEZ que “si no se entiende —por ejemplo— incluido el derecho a la vida, que es condición indispensable para la titularidad o ejercicio de cualquier otro, no tiene sentido la inclusión de ningún otro efecto”.³¹ No obstante, cuando se habla del *nasciturus*, o concebido no nacido, se hace alusión al ente humano, entendido como el producto de la concepción en el periodo comprendido desde la fecundación hasta el instante anterior a su separación definitiva del útero materno, incluyendo tanto la fase inicial embrionaria como el estadio fetal que prosigue, hasta llegar al alumbramiento. El concepto jurídico de persona, por su parte, se presenta vinculado al hecho del nacimiento, porque su existencia presupone el establecimiento de vínculos determinados que exceden su ámbito único o individual para conectarse con las demás personas que integran la organización social. Por ello, antes del nacimiento no es posible hablar de persona en sentido jurídico, pues el concebido no se vincula con el exterior *per se*, sino exclusivamente a través de la madre.³² Así, el embrión de-

³⁰ Vid. CIFUENTES, S. y LEYVA FERNÁNDEZ, L. *Código Civil comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, artículos 70 a 78, pp. 33 y 34.

³¹ CASTIELLA RODRÍGUEZ, JOSÉ J. “La persona, el estado civil y el registro civil. Primera parte. La persona en general”, en DELGADO DE MIGUEL, JUAN F. et al. (coords.). *Instituciones de derecho privado*, Civitas, Madrid, 2003, t. I, vol. 2, p. 38.

³² Vid. PLANIOL, MARCEL. *Tratado elemental de derecho civil*, Cajica, México, 1946, vol. III, p. 195.

pende biológicamente de la mujer que lo porta en su útero o del mantenimiento de condiciones especiales necesarias en caso del embrión *in vitro*. No es persona y por tanto no está dotado de personalidad jurídica, pero tampoco puede considerarse una simple cosa o bien, pues, sin duda, el embrión humano merece particular consideración y su estatus en el derecho tiene naturaleza especial.

En esa línea de pensamiento, BONILLA SÁNCHEZ³³ afirma: “El *nasciturus*, al carecer de los requisitos del artículo 30 del Código Civil [español], no es titular de los derechos fundamentales, aunque su vida y su seguridad sean bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, por lo que se rechaza la posibilidad del aborto libre y sólo se despenalizan determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo”. Añade que, respecto al *nasciturus*, la vida humana se entiende como un proceso biológico previo al nacimiento, es sólo un bien constitucionalmente protegido, pero su portador, sea embrión o feto, no es titular de derechos fundamentales.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, por su parte, sostiene que la cualidad de lo personal no es resultado de un desarrollo, sino estructura característica de un desarrollo que mantiene una unidad a través del tiempo. Por ello considera válida, útil e ilustrativa una nueva categoría que se suma a las clásicas en materia de persona, en sede civil: la *personidad*. La personalidad, al decir de ZUBIRI,³⁴ alude a la figura que resulta de la realidad humana en sí misma durante su ciclo de vida, constituyendo no un punto de partida sino un término progresivo del desarrollo vital que experimenta el ser humano; la *personidad*, en tanto, implica el carácter estructural de la persona como punto de partida de su desarrollo, precedente a la existencia misma de la personalidad.

2. Los derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos son considerados actualmente por algunos como derechos humanos,³⁵ que incluyen el derecho de toda persona a vivir y tener control sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, decidiendo libre y responsablemente sobre estas cuestiones, sin coerción, discriminación y violencia. Tienen por base los principios éticos de autonomía, igualdad y diversidad, así como la integridad corporal. Su reconocimiento como

³³ BONILLA SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ. *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 234.

³⁴ ZUBIRI, X. *cit. pos.* CASTIELLA RODRÍGUEZ, JOSÉ J. *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁵ Su incorporación al elenco de derechos humanos es relativamente reciente y no totalmente expresa en cuanto a tal denominación; se remonta a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y la Conferencia Internacional sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995.

derechos inseparables de la condición de persona no ha implicado su inmediata incorporación a los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, ni tampoco al elenco de los derechos inherentes a la personalidad usualmente enumerados en las normas civiles, pero así debe ocurrir, en tanto son derechos inalienables vinculados esencialmente al ser humano, constituyendo una legítima expectativa de respeto a su dignidad.³⁶

Estos derechos se vinculan e interrelacionan, aunque no se identifican plenamente, si bien hoy en día tanto sexualidad como reproducción se encuentran comprendidas en una concepción integral de la salud. De una parte, es indiscutible que la esfera sexual constituye un factor determinante en el desarrollo de la personalidad, y como tal es parte de la dignidad inherente a todo individuo; no es una dimensión secundaria de la vida humana sino que pertenece íntimamente a su constitución, y toda persona tiene derecho a vivirla plenamente con entera libertad, con el normal acotamiento que establecen las leyes con base en la moral social imperante y con el valladar individual que establece la moral de cada quien. Los derechos sexuales atribuyen una situación jurídica de poder a la persona para que pueda vivir y tener control sobre su sexualidad, incluyendo la posibilidad de pedir y obtener información sobre estos temas, así como sobre los cuidados preventivos y curativos necesarios para mantener la salud en esta esfera.

Por otra parte, en estrecha comunión con lo anterior, las personas tienen derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su reproducción, es decir, pueden tomar partido respecto a ellas mismas sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, en función de la procreación. La titularidad de este derecho no distingue, o no debe distinguir, entre sexos, géneros, razas o aptitudes de cualquier naturaleza, no vale discriminación de ningún tipo, debe reconocerse a todos por igual. Sin embargo, el derecho a la procreación no es ilimitado, como no lo es ningún derecho subjetivo; su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear.

La procreación natural es un acto de dos, resultado de las relaciones heterosexuales entre personas aptas biológicamente para reproducirse. Pero la madurez biológica no siempre está acompañada de la correspondiente aptitud psíquica. El ejercicio del personalísimo derecho a procrear, para que constituya expresión de dignidad humana, debe combinarse con la paternidad y la mater-

³⁶ Vid. MINYERSKY, NELLY. "Derechos sexuales y reproductivos: el aborto legal y seguro", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coords.). *Nuevos perfiles del derecho de familia. Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 139 y ss.

nidad responsables. Cuidar y estimular el crecimiento de los hijos en todas las dimensiones debe constituir el centro de atención de los padres, atentos a sus múltiples necesidades en todos los órdenes; no basta contemplar cómo crecen y se desarrollan, cómo amplían sus horizontes por ellos mismos, hay que trazar el camino y ayudarlos a andar por él, lo que constituye no sólo un desafío que proporciona grandes alegrías, también una pesada carga no pocas veces.

Las personas dotadas biológicamente para procrear, que mantienen una práctica heterosexual en ejercicio de los derechos antes mencionados, sin el uso de medios de control de la natalidad, tendrían una alta probabilidad de engendrar hijos. Pero tener hijos, como ya se apuntó, no debe verse sólo como un derecho, sino más como un deber hacia ellos; no se ostenta sobre los hijos un poder o un señorío inmediato y absoluto, no existe un derecho subjetivo al hijo, el hijo es un fin en sí mismo. Por tanto, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural, que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos.

A) ¿Existe un derecho a decidir libremente la maternidad?

La gestación humana ocurre en el interior del cuerpo de la mujer; esta afirmación es cierta incluso cuando se acude a las técnicas de reproducción asistida, pues aun cuando se realice la fecundación del óvulo *in vitro*, el embrión debe ser transferido al útero femenino para que anide y continúe su desarrollo hasta el momento del nacimiento. Frente a esa innegable realidad biológica, es común que se escuchen expresiones que enaltecen a la mujer como hacedora de vida, como artífice principal en la creación y perpetuación de la especie humana. Surgen voces, además, que propugnan un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad y, consecuentemente, del aborto.³⁷

En mi opinión, decidir la maternidad integra los derechos sexuales y reproductivos que deben reconocerse a la mujer, tanto en sentido positivo como negativo. En relación con la reproducción natural, las féminas deben tener la facultad de decidir respecto al embarazo o la anticoncepción; el método que utilizarán; el número de hijos que tendrán y el intervalo entre ellos; la facultad de elegir figura paterna, y la facultad de exigir y recibir atención médica durante el embarazo y el parto. No obstante, debe tenerse en cuenta que la maternidad

³⁷ Vid. FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías (La ley del más débil)*, Trotta, Madrid, 1999. Cit. pos. MINYERSKY, NELLY. *op. cit.*, p. 139.

tiene como contrapartida la paternidad, pues la mujer no concibe un hijo sola: la concepción es resultado de la fusión del material genético femenino y masculino, por lo que debe ser algo deseado también por el hombre, que a su vez tiene derecho a elegir la figura materna que quiere para sus descendientes; por tanto, ambos miembros de la pareja deben participar en igualdad de condiciones en la planificación familiar. Valorar la maternidad como un derecho autónomo, separado de la paternidad, un derecho exclusivo de la mujer, podría conducir a la discriminación inversa, concediendo un poder excesivo de *vitae et necis*, al viejo estilo de la Roma patriarcal, reconocido ahora en cabeza de la madre. Pienso que del mismo modo que resulta inaceptable que se imponga la maternidad a la mujer, ya sea mediante coacción, amenaza, engaño o violencia, debe ser inadmisibles la imposición de la paternidad, en virtud de los mencionados principios de igualdad y libertad o autonomía.

No obstante, es natural discernir, en el sentido literal de la expresión,³⁸ que la mujer compromete mucho más que el hombre en el proceso de generar vida, tiene un *prius* más allá de cualquier derecho, que es reflejo de una potencia natural inherente a la diferencia femenina. El rechazo de la mujer a la maternidad compromete la vida del hijo, especialmente durante la etapa prenatal, que se desarrolla en su propio cuerpo. La integridad corporal femenina se afecta con el embarazo y el parto.

Si la mujer está casada o sostiene una unión consensual estable y singular, es común que la decisión de convertirse en madre provenga de un acuerdo con el esposo o compañero; muchas veces se desea el hijo, se planifica en armonía y se espera con ilusión y responsabilidad; a veces no se ha pensado en su llegada y sorprende, es resultado de la imprevisión o el descuido, pero igual se asume con amor y se tiene la madurez suficiente para enfrentar el rol de padres. Otras veces, lamentablemente, a pesar de ser el resultado de un apareamiento sexual consentido entre dos, no se llega al acuerdo: uno de los miembros de la pareja rechaza la idea de ser padre o madre y quiere que se interrumpa el embarazo. Si el hombre decide no asumir su rol de padre, abandona a la grávida y con ello al futuro hijo, pero esa decisión no compromete directamente la vida del concebido; si es la mujer quien toma la decisión de no continuar la gestación, tomando como base su libertad y su derecho a la integridad corporal, tal decisión conduce al aborto, de lo que se infiere que su papel en este sentido es mucho más trascendente.

³⁸ El vocablo "discernir" tiene su origen en el prefijo "dis" y el verbo latino "cerniré", un verbo de raíz agrícola que originalmente describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja, y con el tiempo adquirió el sentido de "divisar", de "distinguir con inteligencia", y "manifestarse" algo. Vid. RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO. *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 569 y 570.

Si se trata de mujeres solas, amén del rechazo que pudieran sufrir en algunas sociedades, considero que están en su derecho de decidir respecto a la maternidad, en sentido positivo o negativo, siempre con responsabilidad y tomando en cuenta el interés superior del niño. La decisión de la mujer de enfrentar sola la maternidad es una de las vías que conduce a la constitución de las llamadas familias monoparentales,³⁹ reconocidas hoy por el derecho en casi todas las latitudes como familias con iguales derechos a las clásicas biparentales.⁴⁰ La maternidad en solitario, cuando provenía de una decisión autónoma de la mujer, sufrió el rechazo social y, consecuentemente, del derecho durante largo tiempo; los hijos habidos fuera de matrimonio eran considerados ilegítimos y tenían una posición inferior.

La ampliación de la base social de procedencia de las mujeres que afrontan solas su maternidad, cada vez más formadas e independientes en el orden económico y personal, ha eliminado el antiguo estigma de la marginalidad que signaba a esas familias monoparentales. Así, la presencia amplia y activa de la mujer en el mercado de trabajo y su independencia económica han favorecido la toma de decisiones en cuanto a su vida personal y familiar. De igual modo, hoy el principio de igualdad consagrado en casi todas las Constituciones exige el reconocimiento de la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación matrimonial o no, superando cualquier discriminación en este orden.

En el caso de mujeres que padecen alguna discapacidad, el entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad, representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por considerarlos “de alto riesgo”, ocultando su desconocimiento profesional para tratar a una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias.⁴¹ La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las

³⁹ Definidas como aquellas que están formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos sean adoptados, fruto de una relación matrimonial anterior o hayan sido concebidos fuera del matrimonio. Su rasgo básico es que la responsabilidad del hogar recae sobre una sola persona, la mayoría de las veces una mujer. Vid. VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. *Las familias monoparentales*, Comares, Granada, 2005, p. 9.

⁴⁰ Familia conformada por un núcleo que tiene su base en el matrimonio, a partir del cual se cumple la función reproductora y se comparten las responsabilidades del hogar. La definición se extiende hoy a las familias que tienen como base una pareja estable y singular, aunque no esté casada. *Ibidem*, p. 5.

⁴¹ Vid. *Manifiesto de las mujeres con discapacidad. "Por nosotras y nuestras familias"*, disponible en: http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres_2004.doc [consultado: 2 de marzo de 2005].

mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el estereotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar.⁴²

En relación con las técnicas de reproducción humana asistida, se ha entendido mayoritariamente que su ámbito de aplicación debe reducirse a parejas heterosexuales unidas en matrimonio o unidas de forma estable y singular con imposibilidad de procrear de forma natural, y sólo en casos excepcionales debe extenderse a mujeres solas.⁴³ Se requiere el consentimiento informado⁴⁴ de ambos miembros de la pareja para la aplicación de estas técnicas, que resulta trascendente porque incide en la determinación de la maternidad y la paternidad.

Especial connotación tiene la aceptación expresa del hombre en cuanto a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pues la filiación paterna se determinará de acuerdo con ella, exista o no vínculo biológico entre el padre y el nacido (recordemos que la inseminación puede realizarse con semen de donante y que la fertilización *in vitro* también puede producirse de esa forma). En consonancia con lo anterior, se trata de dilucidar si sería prudente y legalmente aceptable la utilización de técnicas de reproducción asistida luego de la muerte de alguno de los miembros de la pareja que ya había iniciado tratamiento, o incluso antes de comenzado el mismo si el miembro supérstite lo solicita. Como regla, se entiende que no debe admitirse la fecundación *post mortem* tomando

⁴² Empero, debe señalarse que en caso de discapacitados que padecen deficiencias mentales o intelectuales severas o profundas, tomando como base la responsabilidad que deben asumir los padres y el interés superior del niño, resulta aconsejable la esterilización, propiciando con ello que puedan vivir con mayor plenitud y libertad su sexualidad. Vid. LANDESTROY MÉNDEZ, PEDRO L. *La esterilización de las personas con discapacidad intelectual*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

⁴³ Sin embargo, en Estados Unidos se ha desarrollado una fundamentación del derecho a procrear que parte de reconocer que éste es un derecho que corresponde a todas las parejas o personas, estériles o no, que les permite procrear de manera natural según su voluntad o acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial. Con ello se ha dado lugar a una corriente de pensamiento que defiende la existencia de una nueva filiación, basada en la llamada voluntad procreacional, desvinculada del factor biológico y de la unión sexual, tomando como base para determinar la maternidad o la paternidad el afecto y el deseo responsable de tener descendencia.

⁴⁴ El consentimiento requerido tiene dos ámbitos: uno, para que el personal capacitado actúe sobre el cuerpo de las personas que se someten a las técnicas de procreación con ayuda médica, como manifestación del ejercicio del derecho a la integridad corporal; otro, para aceptar las consecuencias de estas prácticas, esto es, la maternidad y paternidad del nuevo ser. Se trata de un consentimiento complejo en el que confluyen varias voluntades: la de la mujer que desea hacer uso, en sí misma, de una técnica determinada; la de su esposo o compañero que asumirá la responsabilidad paterna, en su caso; la de la persona ajena a la pareja que aporta sus gametos, también en su caso, y la del médico que realizará el procedimiento asistencial necesario. Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano. Vid. GUZMÁN ÁVALOS, ANIBAL. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa, 2001, pp. 71-73.

en consideración el interés superior del niño; sólo se admite en caso de embriones ya formados cuando el padre, luego de haber otorgado su consentimiento expreso, fallece sin que el resultado o producto de la concepción haya sido implantado en el útero materno.

Cuando las mujeres solas desean concebir un hijo haciendo uso de las tecnologías reproductivas asistenciales, la cuestión se torna polémica. El reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos de todas las personas debe conllevar a la aceptación de esta práctica, a lo que se suma que no debe ser un impedimento en estos casos el interés superior del niño, pues el hijo no será resultado de una obligación inherente a la institución matrimonial o un débito de pareja, sino fruto del deseo de la mujer que asume la maternidad con amor y responsabilidad, lo que redundará en beneficio del menor. La maternidad de una mujer sola no debe estar vinculada a las exigencias o el capricho de un hombre, ni a situaciones plagadas de vejaciones y humillaciones para ella. Si la sociedad de nuestros tiempos acepta la maternidad natural de mujeres sin pareja masculina, nada obsta la aceptación también de la maternidad sin apareamiento sexual. Como afirma COLL DE PESTAÑA, “esta mujer [sola] quiere tener un hijo porque ansía quererlo, porque quiere acunarlo, educarlo y protegerlo, que es lo que se pretende que se haga con los niños”.⁴⁵ La maternidad, en estos supuestos, se afianza en la voluntad procreacional, asumiendo con responsabilidad su alcance afectivo, cultural y social.

b) El aborto: la otra cara de la moneda

La generación de una nueva vida humana debe ser, como regla, un acto de amor y responsabilidad. Pero en no pocas ocasiones las parejas, o las mujeres solas, se enfrentan a un embarazo no deseado. ¿Debe admitirse el aborto en tales circunstancias?

Las posiciones fluctúan alrededor de tres criterios fundamentales:

- 1) El aborto no debe admitirse en ningún caso, porque el concebido es persona y la interrupción de su desarrollo como tal en la etapa prenatal equivale a un delito de homicidio o asesinato.
- 2) Debe admitirse sólo en casos especiales que establezca la ley, tomando en cuenta tanto los derechos del concebido como los derechos de la madre.

⁴⁵ COLL DE PESTAÑA, IVETTE. “Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”, en *Memorias del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, MINJUS, La Habana, 2002, p. 160.

- 3) Debe permitirse en cualquier caso que la madre libremente decida, en ejercicio de su autonomía, de su derecho a la reproducción y a la integridad corporal, y a su propio plan de vida.

La primera posición, que conduce al rechazo del aborto y su penalización, es indudablemente extrema. A mi juicio, la condición innegablemente humana del embrión de nuestra especie no conduce necesariamente al reconocimiento automático de su condición de persona, provista de personalidad, en sede jurídica. Claro está, el estudio de su condición jurídica está matizado, en cualquier caso, por valoraciones éticas, filosóficas, religiosas y hasta políticas. El embrión humano no es titular del derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad, si bien debe reconocérsele la *personeidad*, que indica aptitud para que adquiera *a posteriori* la personalidad. Debe recordarse que según han demostrado la ciencia médica y la biología, la vida comienza en el momento de la fecundación, cuando de dos entidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una realidad distinta y nueva: el cigoto con una potencialidad propia, ya que aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. Por tanto, biológicamente el hombre existe como ser vivo desde el momento en que se forma el cigoto. Sin embargo, la vida propiamente humana, según científicos de la medicina,⁴⁶ comienza realmente cuando se forma y madura el sistema nervioso del embrión, lo que ocurre en un periodo aproximado de doce semanas posteriores a la fecundación, por lo cual sólo después de transcurrido ese tiempo es que puede hablarse de un embrión potencialmente humano, pues hasta ese momento no se diferencia básicamente del embrión de otro mamífero cualquiera.⁴⁷ Por supuesto que éticamente no es comparable el embrión humano con ningún otro, pero como acertadamente afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI,⁴⁸ si bien la vida potencial empieza desde la concepción, la cuestión a debatir seriamente es qué sucede con esa vida potencial

⁴⁶ Vid. MATEO DE ACOSTA, O. y ANDINO VALDÉS, N. "Fertilización in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE) en el humano. Consideraciones éticas, científicas y utilidad", en *Revista Cubana Médica*, No. 24, agosto de 1985, p. 801.

⁴⁷ Con la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida se ha establecido además el término *pre-embrión* para designar al fruto de la concepción obtenido fuera del útero de la madre, antes de su implantación y hasta el día 14 posterior a ella, que se considera decisivo para el desarrollo embrionario, porque a partir de él se dan dos hechos determinantes: la implantación en la mucosa uterina, y el cese de la posibilidad de división para dar lugar a gemelos. Se supone que hasta ese momento el *pre-embrión* no tiene condición humana, basándose en su inviabilidad si no se implanta, en la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha y en la posibilidad de que se originen gemelos monocigóticos. Vid. Serie de Informes Técnicos, *Adelantos recientes en materia de concepción con ayuda médica*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1992.

⁴⁸ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fondo Editorial La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, octubre de 2007, p. 16.

cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya, ahora.

La prohibición a ultranza del aborto obliga incluso a mantener el embarazo en casos de violación, lo cual además de significar algo indignante y humillante para la mujer, una doble victimización para ella, no toma en cuenta el bienestar del hijo, que nacerá marcado socialmente y rechazado muchas veces por su propia madre, en permanente conflicto emocional y familiar. Por otra parte, la prohibición legal no evita que se realicen abortos; muchas mujeres desesperadas acuden a esa práctica en condiciones inseguras, poniendo en riesgo su propia vida. La práctica del aborto clandestino es un acto de violencia contra la mujer que puede afectar su salud y su vida, que le inflige humillación y sufrimiento, que implica discriminación para las mujeres pobres, dado su alto costo económico, que afecta a la familia, especialmente a los hijos ya nacidos, que pueden perder a su madre por fallecimiento o por ser sancionadas con penas carcelarias. Origina también mayores gastos médicos, por hospitalizaciones posteriores, y genera corrupción de las instituciones jurídicas y políticas que encubren la práctica clandestina del aborto. Como afirma también KEMELMAJER DE CARLUCCI,⁴⁹ no se toma en cuenta la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y las que tienen medios económicos, cerrando los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que en realidad se penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo.

La segunda posición es más conciliadora. Se refleja jurídicamente a través de un modelo de indicaciones respecto al aborto, admitiéndolo sólo en supuestos concretos, generalmente cuando la continuación del embarazo implique serio peligro de supervivencia para la madre, cuando el embarazo sea el resultado de una violación, o cuando se realice debido a causas eugenésicas graves. La vida del *nasciturus* es un bien a proteger, que entra en conflicto con la libertad de no ser madre, conflicto que se pondera dando prioridad, en los supuestos indicados, a favor del derecho de la mujer en esas condiciones. Si la interrupción voluntaria del embarazo se produce fuera de esos supuestos, el aborto se penaliza. También el modelo indicativo puede dar lugar a situaciones como las descritas anteriormente y puede conducir a la hipocresía social de su mantenimiento legal, pero sorteando lo dispuesto por las normas, incumpliendo su mandato sin declararlo, abriendo un margen de discrecionalidad tal que admita en cualquier caso que el embarazo no deseado “pone en serio riesgo a la gestante”. Se genera así la convicción de que la ley no importa, siempre habrá trampas, incluso en materia tan seria como la vida humana.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 17.

Por otra parte, la penalización del aborto sólo recae en la mujer. Ella lleva al hijo en su vientre, enfrenta los riesgos para su salud y su vida y además debe soportar la carga de la pena, que pesa como una espada de Damocles sobre su cabeza. Sus opciones son muy poco alentadoras: tener un hijo no deseado, arriesgar la vida o la libertad. Si decimos que la decisión de tener un hijo es de dos, al menos en los casos de mujeres integrantes de parejas, la decisión de no tenerlo no puede, o no debe, colocar a la mujer en situación de desventaja respecto al hombre, más allá de lo estrictamente establecido por la diferencia biológica.

La tercera posición es la más cercana a lo justo, sin olvidar el indudable conflicto que se produce, frente al aborto voluntario, entre la vida humana en proceso de formación y desarrollo, representada por el concebido, y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, basados en la libertad y la integridad corporal. El fruto de la concepción ni es jurídicamente irrelevante ni puede equipararse con la vida de los ya nacidos. En los primeros meses de la gestación, la viabilidad de la criatura es cuestionable, por lo que debe prevalecer el derecho de la mujer a decidir si será o no madre. Éste ha sido el fundamento básico de la posición que se ha adoptado mayoritariamente en Europa respecto al aborto: la gestante decide durante la fase inicial del embarazo si lo interrumpe voluntariamente o no; después del primer trimestre sólo cabe la interrupción del embarazo en casos excepcionales, indicados en ley.

En Cuba se protege la familia, la maternidad y el matrimonio en la Constitución de 1976, particularmente en sus artículos 35 a 38, donde también se postula la igualdad de todos los hijos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, preceptos que deben relacionarse para su acabada hermenéutica con el artículo 9, particularmente su tercera pleca, que enuncia que el Estado garantiza la libertad y la dignidad plena, el disfrute de los derechos, el ejercicio y cumplimiento de los deberes, así como el desarrollo integral de la personalidad. Los postulados constitucionales, en cuanto al tema que nos ocupa, encuentran su adecuado desarrollo en el Código de Familia, en sede laboral y en el Código Civil. Se permite el aborto legal y seguro en instituciones de salud, y gratuitamente, durante las primeras doce semanas de embarazo, estando penalizado el aborto ilícito, entendido como aquel que se realiza con o sin el consentimiento de la grávida, fuera de las instituciones oficiales de salud y por personal ajeno a la medicina o con ánimo de lucro, según se preceptúa en los artículos 267 a 271 del vigente Código Penal.

En consecuencia, se garantiza el libre ejercicio de las convicciones personales de la mujer, ha disminuido la mortalidad materna y ha descendido la práctica del aborto. Sin embargo, todavía se realizan en un número no deseado, pues la uti-

lización de métodos anticonceptivos no ha logrado impregnar la cultura social. Deben continuarse desarrollando, por tanto, medidas educativas coordinadas para prevenir el aborto, en combinación con el acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos para toda la población. La situación conflictual entre la vida humana durante la etapa prenatal y los derechos sexuales y reproductivos existe, y la mejor manera de afrontar el conflicto es evitando que la mujer se enfrente a la alternativa de la interrupción voluntaria del embarazo como único medio para resolverlo.

No existe en Cuba una configuración autónoma de los derechos sexuales y reproductivos, pero su contenido está implícito en otros derechos afines que aparecen reconocidos en el texto constitucional y otras normas jurídicas. Vale traer a colación la opinión de ÁLVAREZ TABÍO cuando señala que

[...] los derechos se instalan en el espacio donde los principios, los valores y los fines tejen una trama en beneficio de la persona. No obstante, no es tarea sencilla plasmar explícitamente en la letra de la norma constitucional este entramado, y peor aún lograr la armonía entre todos los elementos que lo conforman. Y hay que valerse de lo que no está escrito, pero sí implícito, es decir lograr el equilibrio entre la letra y el espíritu de la Constitución, pues todos estos elementos han de confluír en pro de un objetivo básico: la preservación de la dignidad de la persona humana, concepto que se convierte en la piedra angular para la construcción de todo el sistema axiológico constitucional, o lo que es lo mismo, decir que los fines, los valores, los principios, los derechos y los bienes jurídicos existen sólo en función del enaltecimiento de la dignidad humana.⁵⁰

3. Consideraciones finales

El derecho a la vida es el supuesto ontológico de todos los demás derechos. Como derecho inherente a la personalidad, se reconoce por igual a toda persona por el solo hecho de serlo. Antes del nacimiento, el producto de la concepción es un bien jurídico merecedor de tutela y protección, pero no es persona ni titular de los derechos que acompañan y llenan de contenido a la personalidad jurídica.

Los derechos sexuales y reproductivos deben reconocerse también a todas las personas, garantizando su ejercicio a través de políticas públicas efectivas, diseñadas sobre criterios de justicia distributiva y teniendo como base los prin-

⁵⁰ ÁLVAREZ TABÍO ALBO, ANA M. *Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión*, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2008, p. 15.

cipios éticos de autonomía, igualdad, diversidad, en comunión con el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad. Empero, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural, que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos.

Las mujeres deben recibir información, asistencia y cuidado en cuanto a su salud sexual y reproductiva en todo momento, durante la gestación, en la maternidad o, en su caso, al practicarse el aborto. La gestación, el aborto o el parto se realizan en el cuerpo de la mujer, pero el ejercicio de su derecho no debe ser una decisión individual y aislada. No se trata de un derecho sin límites el decidir acerca de la maternidad, en sentido positivo o negativo. Su ejercicio encuentra valladar en la moral social imperante, en la educación y las convicciones individuales.

Debe tenerse cuenta, en todo momento, que la vida humana es valiosa desde sus orígenes, que sólo muy poderosas y responsables razones deben llevar a generarla o destruirla. No obstante, tampoco debe olvidarse que restringir el aborto legal y seguro también atenta contra la vida, en este caso, además de la mujer, repercutiendo en la familia y en los derechos del resto de sus integrantes. Si bien la interrupción voluntaria del embarazo no es una práctica deseable, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales, a veces mediatizados por intereses espurios, mediante normas jurídicas, sino que debe coadyuvar al establecimiento de reglas que garanticen la convivencia pacífica y el bien de todos, configurando armónicamente los derechos y no enfrentándolos. ■

Colaboradores

Ángel Acedo Penco

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho civil y de Derecho de consumo en la Universidad de Extremadura, Facultad de Derecho de Cáceres (España). Director de la revista científico-jurídica *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*. Director del Grupo de Investigación del Derecho de España, Portugal y América Latina. Representante de España de CEDDAL (Comité para el Estudio y Desarrollo del Derecho América Latina). Ha publicado más de una veintena de libros científico-jurídicos sobre derecho civil y derecho de consumo. Autor de numerosos trabajos científicos en revistas españolas y latinoamericanas, y de más doscientos artículos de divulgación jurídica. Conferenciante habitual en congresos nacionales e internacionales en Europa y América, con intervenciones en universidades de España, Portugal, Italia, Polonia, Cuba, República Dominicana, Chile, Brasil, Perú, Puerto Rico, Nicaragua y Panamá.

Aníbal Guzmán Ávalos

Doctor en Derecho con mención honorífica por la Universidad Veracruzana. Profesor de carrera del Sistema de Enseñanza Abierta y de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana (México). Profesor con perfil PROMEP. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Cuenta con una serie de publicaciones a nivel nacional e internacional.

Caridad del Carmen Valdés Díaz

Doctora en Ciencias Jurídicas por la Universidad de la Habana, Cuba. Miembro de Honor de la Asociación para el Estudio y la Enseñanza del Derecho de Autor (España). Autora de numerosos textos y artículos científicos en las materias que imparte. Secretaria del Tribunal Nacional de Grados Científicos. Miembro de Número de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC). Notaria en ejercicio. Actualmente se desempeña como profesora titular en el departamento de derecho civil y de familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Carlos Adrián Tejeiro Morcate

Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (Cuba). Especialista en Asesoría Jurídica con Mención Mercantil por la Universidad de La Habana. Máster en Derecho de Sociedades por la Universidad de Barcelona (España). Abogado y asesor. Profesor de Derecho mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La

Habana (Cuba). Ha publicado artículos de derecho en Argentina, Bolivia y Cuba. Ponente en las Jornadas Internacionales de Contratos y en los Encuentros Internacionales sobre Comercio Exterior e Inversión Extranjera, celebrados en La Habana (Cuba).

César Carranza Álvarez

Abogado y profesor universitario, con maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialización en Derecho de los Contratos y Arbitraje por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Cámara Peruano-Americana (Amcham-Perú), respectivamente. Ha ejercido la docencia en la Universidad de Medellín (profesor-investigador) y en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo (Perú). Ha trabajado en el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Conferencista en certámenes realizados en el país y en el extranjero. Autor de los libros *Estudios de Derecho Privado Contemporáneo* (Editorial Libertad, 2005), *Jurisprudencia Civil I* (Normas Legales, 2002) y *Jurisprudencia Comercial I* (Normas Legales, 2003), así como de escritos sobre temas de su especialidad publicados en revistas especializadas de Perú, Argentina, Brasil, Colombia y España. En la actualidad dirige su propia oficina de abogados (*Carranza & Figueroa*, Abogados Consultores) e, igualmente, la editorial *Iusta Causa*.

Francisco Ternera Barrios

Doctor en Derecho por la Universidad Alfonso X de Madrid; maestrías en Derecho Administrativo por la Universidad Alfonso X de Madrid; en Derecho Privado por la Universidad Paris II Panthéon-Assas y en Derecho Civil por la misma Universidad. Es profesor principal en la Universidad del Rosario de Colombia. Es *Abogado* de esta Universidad (1993-1998). De entre sus publicaciones destacan: *La realidad de los derechos reales* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2007); *Derechos reales y personales* (Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2005); *Los contratos en el derecho privado* (en coautoría) (Legis, Bogotá, 2007); *Bienes* (Universidad del Rosario, Bogotá, 2011), y los artículos “La responsabilité du plein droit du fait des activités dangereuses” (en *Revista de Estudios Socio Jurídicos*, Universidad del Rosario, vol. 6, No. 2, 2004), “El daño y su indemnización” (en *Revista Opinión Jurídica*, No. 13, enero-junio de 2008), “El dominio estatal” (en *Revista Universitas*, Universidad Javeriana, julio-diciembre de 2009), y “Posesión o retención: ¿hechos, derechos o quimeras?” (en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fueyo de Chile, 2010).

José Cándido Francisco Javier de la Fuente Linares

Licenciado y Maestro. Actualmente es profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, en donde imparte las

cátedras de Derecho civil y Teoría general del proceso. Profesor con reconocimiento de perfil deseable (PROMEP). Miembro de la Asociación Mundial de Profesores en Derecho. Integrante observador del Comité Científico Internacional de Derecho de Familia del Mercosur. Autor del libro *Guía Básica para el Estudio de Derecho Civil II (Bienes y Sucesiones)*. Autor de más de ciento veinticinco artículos en materia de derecho familiar en diversas revistas y medios de circulación nacional.

Leonardo Bernardino Pérez Gallardo

Doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de La Habana (Cuba). Profesor titular de Derecho civil y notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba). Notario. Presidente del Tribunal Nacional Permanente de grados científicos para las Ciencias Jurídicas. Presidente del Consejo Editorial de la *Revista Cubana de Derecho*. Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Lucerito Ludmila Flores Salgado

Doctora en Derecho con especialidad en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Profesora-Investigadora de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad. Candidata a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Miembro del Padrón de Investigadores de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Profesor con Perfil Deseable (PROMEP). Catedrática de las materias de Derecho civil III de las obligaciones, Introducción al estudio del derecho e Informática jurídica.

Luz Pacheco Zerga

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de Conciliador a nombre de la Nación. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora ordinaria principal de Derecho del trabajo de la Universidad de Piura. Profesora visitante del Programa Máster/Doctorado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia del Departamento de Derecho del Trabajo en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid), España. Autora del estudio monográfico *La dignidad humana en el derecho del trabajo* (Thomson&Civitas, 2007). Ha colaborado en diversas obras colectivas sobre cuestiones de derecho del trabajo y de la seguridad social en el Perú, Argentina y España. Ha publicado más de cincuenta artículos de su especialidad en revistas del Perú, Chile, Argentina y España.

María del Carmen Valdés Martínez

Doctora en Derecho con mención honorífica por la Universidad Veracruzana (México). Profesora de carrera en la Facultad de Derecho y en el Sistema de Enseñanza Abierta de la Universidad Veracruzana (México). Profesora con perfil PROMEP. Cuenta con una serie de publicaciones a nivel nacional e internacional.

María del Mar Heras Hernández

Doctora en derecho civil por la Universidad Complutense de Madrid. Ha escrito monografías, publicado en diversas revistas especializadas de derecho y colaborado en diversos libros colectivos. Ha participado como conferencista en distintos congresos internacionales sobre temas especiales de derecho civil. Recibió el premio extraordinario por la mejor tesis de la sección de derecho privado al obtener el grado de doctor. Actualmente se desempeña como profesora titular de derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.

Montserrat Pereña Vicente

Doctora en derecho por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesora invitada de la Universidad París XII e investigadora asociada de la Universidad Sophia-Antipolis de Francia. Autora de numerosas monografías y artículos sobre la protección jurídica de las personas con discapacidad. Premio Aequitas 2007 del Consejo General del Notariado de España por la monografía *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del tutor o del cuidador*. En 2010 organizó dos congresos internacionales sobre temas de discapacidad y género. Ha participado como conferenciante en congresos y seminarios internacionales en París, Santiago de Chile, Madrid y La Habana. Actualmente es profesora titular de Derecho civil en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España.

Normas de publicación

1. Los artículos deben ser resultado de investigaciones o estudios teóricos en cualquiera de las áreas de la ciencia jurídica.
2. La entrega de la contribución concede los derechos de autor a la revista para su publicación en la versión impresa y digital de la misma, así como en las bases de datos y colecciones en que ésta se encuentra indexada.
3. La recepción de materiales implica que el autor certifica que su colaboración no ha sido publicada, postulada simultáneamente ni aceptada para su publicación en otra revista o medio de difusión científico.
4. Las contribuciones serán valoradas por el director de la revista en el plazo de un mes, en el que comunicará al autor su admisión preliminar o rechazo, sobre la base de su correspondencia con el perfil de la revista. Una vez aceptadas serán remitidas a dictamen.
5. La revista se acoge al sistema de dictamen *doble ciego*, el cual se realiza por especialistas de la cartera internacional de árbitros y otros invitados externos *ad hoc*, adscritos a diferentes instituciones nacionales y extranjeras, bajo estricto anonimato.
6. El proceso de dictamen se fundamenta sobre los siguientes aspectos: *a)* rigurosidad metodológica; *b)* pertinencia del tema; *c)* calidad de la investigación; *d)* coherencia expositiva, y *e)* cumplimiento de los requisitos editoriales de la revista.
7. Los árbitros contarán con un mes para realizar el dictamen. La conclusión podrá ser: 1) aceptado; 2) admitido, previa revisión de los señalamientos, y 3) denegado. En caso de discrepancia entre los árbitros, el director de la revista buscará la opinión de un tercer especialista. La decisión final de publicación corresponderá al Consejo Editorial y será comunicada al autor.
8. Aprobado el artículo, su publicación estará en correspondencia con el perfil temático que el Comité Editorial defina para cada número.
9. Los trabajos deben contar con título, sumario, resumen, palabras clave, desarrollo y conclusiones. El resumen será descriptivo del contenido del trabajo, de una extensión de un párrafo, con 12 líneas como máximo (aproximadamente 150 palabras).
10. Los artículos deben entregarse en idioma español. El título, resumen y palabras clave deberán traducirse al inglés.
11. El autor debe precisar su filiación institucional y dirección electrónica a continuación de su nombre completo. En página adicional incorporará una reseña curricular de un párrafo.
12. Los artículos pueden tener una extensión mínima de 15 cuartillas y máxima de 30 (entre 6,000 y 12,000 palabras).
13. Las citas y referencias se colocan a pie de página. Las fichas bibliográficas deben ser elaboradas sobre el estilo ISO (norma 690) y transcribir todos los datos de la fuente, por lo que no es necesario un listado de bibliografía al final del artículo:

- NIKKEN, PEDRO. "El concepto de derechos humanos", en *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, vol. I, p. 19.
- VILLAVERDE, IGNACIO. "Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales", *Revista Jurídica de Asturias*, No. 32, 1998, p. 36.
- VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL. "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 25, año IV, verano de 2010, pp. 49-77.
- DERECONS. Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. Documentos constitucionales históricos básicos: Carta Magna Inglesa. [Citado: 22. Enero. 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.
- SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN VARELA. Algunas reflexiones metodológicas sobre la Historia Constitucional. Historia constitucional. [En línea]. No. 8, 2007. Actualización mensual. [Citado: 22. Enero. 2000]. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/9>.

Los trabajos deben enviarse a:

Omar E. MAYORGA GALLARDO
Coordinador del Departamento Editorial
INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA
Av. 3 Oriente No. 1611, Col. Azcárate
Puebla, Pue., CP 72501
E-mail: revista.ius@hotmail.com, omargallardo10@gmail.com.

Publication standards

1. The article must be the result of researches or theoretical studies in any of the disciplines of juridical science.
2. The submission of the article grants the copyright to the magazine for its publication in print and digital version, as well as in databases and collections in which this one is indexed.
3. The author must certify that his research has not been published, postulated or accepted for its publication in another magazine or scientific media.
4. The director of the magazine will evaluate the article within a month, period in which he will communicate his preliminary admission or rejection to the author, based on the correspondence with the magazine. Once the article is accepted, it will be submitted to report.
5. The magazine operates with the double blind peer review, which is carried out by specialists of the international portfolio of jury or *ad hoc* external guests, assigned to different national and foreign institutions, under strict anonymity.
6. The report process is based on the following aspects: *a)* methodological rigorousness; *b)* topic relevance; *c)* research quality; *d)* explanatory coherence, and *e)* compliance with editorial requirements.
7. The jury has a month to carry out the report. The conclusion can be: 1) accepted; 2) admitted, with a previous revision of the remarks, and 3) refused. In case of discrepancy among the jury members, the director of the magazine will demand the opinion of a third specialist. The ultimate decision will correspond to the Publishing Committee and it will be further communicated to the author.
8. Once the article has been accepted, its publication will be in correspondence with the subject profile defined by the Publishing Committee for each edition.
9. The article must have title, summary, abstract, keywords, development and conclusions. The one-paragraph abstract will describe the content of the article in no more than 12 lines (about 150 words).
10. The article must be submitted in Spanish language. The title, abstract and keywords must be translated into English.
11. The author must specify, after his full name, his institutional affiliation and e-mail address. He will add a one-paragraph curriculum description in another page.
12. The extension of the article should range from 15 to 30 pages (from 6,000 to 12,000 words).
13. The quotations and references are placed at foot of page. The ISO-690 standard should be used for bibliographical notes, and all information about the source must be transcribed, therefore a book list is not necessary at the end of the article:

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25.

- NIKKEN, PEDRO. "El concepto de derechos humanos", en *Estudios básicos de derechos humanos*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, vol. I, p. 19.
- VILLAVERDE, IGNACIO. "Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales", *Revista Jurídica de Asturias*, No. 32, 1998, p. 36.
- VILLABELLA ARMENGOL, CARLOS MANUEL. "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista IUS*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 25, año IV, verano de 2010, pp. 49-77.
- DERECONS. Red Académica de Derecho Constitucional. [En línea]. Documentos constitucionales históricos básicos: Carta Magna Inglesa. [Citado: 22. Enero. 2000]. Disponible en: <http://constitucion.rediris.es/Princip.html>.
- SUANZES-CARPEGNA, JOAQUÍN VARELA. Algunas reflexiones metodológicas sobre la Historia Constitucional. Historia constitucional. [En línea]. No. 8, 2007. Actualización mensual. [Citado: 22. Enero. 2000]. Disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/issue/view/9>.

The articles must be sent to:

Omar E. MAYORGA GALLARDO
Coordinator of the Publishing Department
Institute of Juridical Sciences of Puebla
1611 Ave 3 Oriente, Col. Azcárate
Puebla, Pue., zc 72501
E-mail: revista.ius@hotmail.com, omargallardo10@gmail.com.

La entrega número 29 de *IUS*,
Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla,
se terminó de imprimir en mayo de 2012
en los talleres de Grupo Editorial Mariel, s. c.,
Privada 18 Sur 1812-1,
Jardines de San Manuel,
CP 72570, Puebla, Pue., México.
El tiraje es de 1000 ejemplares.